COLLEZIONE

DELLE DECISIONI PIU' INTERESSANTI

RESE

DALLA CORTE D' APPELLO
IN VENEZIA

REDATTE E PUBBLICATE PER ORDINE

DI SUA ECCELLENZA

IL SIG. CO: SENATORE GRAN GIUDICE

MINISTRO DELLA GIUSTIZIA

*da una Commissione tratta dal seno
della Corte suddetta.*

VOLUME PRIMO.

VENEZIA
1812

NELLA TIPOGRAFIA PINELLI

A spese della Commissione.

„ Non satis est optimas leges condere, nisi vi-
„ va quædam excitetur auctoritas, quæ legem per
„ se mutam reddat vocalem, &, æquitate duce, ad
„ oblatos casus prudenter eam deducat. " *Jan. Vin-*
„ *cent. Gravina. De Ort., & progres. Jur. Civ.*
„ *Cap. XXXVII. in fin.*

DISCORSO PRELIMINARE.

Leggesi presso Seneca = *Leges philosophiæ breves sunt, & omnia alligant* (a) = Egli può dirsi altrettanto delle leggi civili, qualora sieno dettate da un legislatore filosofo. Questi infatti ben sa, essere opera piucchè umana il raccogliere tutte le infinite diramazioni ed applicazioni che possono farsi de' generali principj di legislazione, ed il seguire minutamente ogni atto umano nella immensa varietà di quelle combinazioni, che condotte o dai bisogni della vita, o dai capriccj delle passioni, o dai raccozzamenti della sorte, sfuggono necessariamente la più sottil previdenza, e tutt'i calcoli più sagaci della ragione. Si aggiunge, che, se pur fosse possibile il dettar ad ogni preveduto caso particolare la legge, che può

(a) Sen. ep. 94.

essergli propria, (opera che il suddetto filosofo (*a*) chiama *incomprensibile*) forse utile non sarebbe che si facesse; conciossiacchè a tanto allora si aumenterebbe il cumulo de' precetti, che riuscirebbe quasi infruttuoso l'affidarne l'intera mole alla umana memoria, facoltà, che più di ogni altra si riconosce infedele, ed è insiem la più facile a smarrirsi, a confondersi, a dileguarsi. Egli è quindi verissimo, che un soverchio spezzamento di leggi è per avventura il mezzo più atto ad operarne o ad estenderne la violazione: laddove contentandosi di dettare i principj generali della giustizia, e quelle regole inoltre, che da vicino risguardano alcune più importanti, o più frequenti posizioni della vita sociale, e, commesso alla retta ragione l'officio che pur le è proprio di applicar quelli, e queste ai singoli casi, la causa della giustizia stessa è certamente più in salvo, la legge e più compiutamente si può conoscere, e più prontamente addattarsi secondo il

(*a*) Ivi.

suo spirito, in fine, pel miglior bene della società e de'privati cittadini, il numero de'litigj deve anzi diminuirsi che accrescersi. Tale fortunatamente è il carattere, e tali si riscontrano anche gli effetti di quella legislazione, che più ordinata, più breve, più semplice, perchè appunto più filosofica di quante l'han preceduta, porta espressa l'impronta dell'Augusto suo Facitore, di Quello, che nelle politiche, e nelle militari sue gesta giunse del pari a reprimere le cavillose pretensioni della fortuna, ed a porre un modo alle grandi liti dell'Universo.

Non è però che nemmeno la filosofica brevità e la precision delle leggi bastar possano a svellere interamente il tristo germe delle forensi discordie. La stessa generalità ed astrazion dei dettati ne rende talvolta oscura la intelligenza, non già pel modo con cui stan concepiti, ma sibbene perchè nello svoglierli che si fa, e nell'accomodarli a tutte le specie, che vi possono essere virtualmente comprese ovvero eccettuate, non tutte se ne afferrano a prima giunta, e con sicurezza le

ricercate particolari disposizioni. Quando egli avvien, che una regola deve ripetere il suo limite, o la sua ampliazione da una altra; quando di due o più, che sembrano contendersi la preferenza, rimane incerto qual siasi la propria veramente del caso: e dove, apparendo che manchi affatto la legge, egli è d'uopo supplirvi coi principj dell' universale ragione; e dove, se pur esiste, dubbioso ne comparisce il significato: e talvolta le anticipazioni d'animo, figlie delle antiche opinioni, e abitudini, e tal altra lo zelo di addattar sempre, ed in qualsivoglia circostanza le novelle prescrizioni: in somma, ora la stessa legge, ora la complicazione de'casi, ora finalmente le differenti disposizioni di chi si pone, con mente non sempre abbastanza sedata od instrutta, ad avvicinar l'una agli altri, fanno sì, ch' anche sotto una eccellente legislazione non possano a meno di non pullulare più o meno frequenti i litigj. Furono questi pur troppo, e saranno forse mai sempre l'infelice retaggio di tutt'i secoli, e di quelli principalmente, ne'quali in proporzione appunto

de'lumi e de'crescenti progressi dello spirito umano, l'arte del dubitare vassi ogni dì più dilatando, e dischiude ugualmente l'adito alla verità, ed all' errore.

Nè a togliere cosiffatti inconvenienti possono molto esser utili le dottrinali o le pratiche discussioni de' privati Giureperiti, i quali, per quantunque dotti ed illuminati che siensi, non potrebbero poi indurre negli animi dei più una piena, e tranquilla acquiescenza. La succession de' sistemi filosofici di tempo in tempo universalmente dominanti, o personalmente prediletti, la contrarietà delle sette, l'oggetto assai comune di giovare a un cliente collo spacciar di una massima, la cieca ed illimitata ammirazione, che si tributa ad un capo-scuola, o l'invidiosa smania di abbatterlo e di trionfarne, e cento altre tali umane cause, divisero sempre, e probabilmente seguiteranno a dividere in ogni tempo le disparate opinioni de'dottori, l'immensa collezion delle quali, parlando sopratutto degli andati tempi, offre una giurisprudenza incertissima, atta ad alimentare e moltiplicar

le quistioni colle quistioni, non a rallentarle o a distruggerle.

Erano peraltro un tempo di somma autorità tutte queste dottrine, anzi di tale autorità, che i Giureconsulti venivano considerati nel foro, ed erano in fatto a' tempi della Romana repubblica, quasi altrettanti legislatori, e per così dire i tiranni de' tribunali (*a*). E, lasciando anche di considerare la forza dei loro oracoli separati, nessuno ignora che le così dette *disputazioni del Foro* (*b*), vale a dire, quelle decisioni che dopo una discussione tenuta da que' dell' arte sulle più importanti questioni del dritto, erano dal maggior numero proferite, servivano d' ordinario d' unica guida ai giudizj. Tal avvenne poi molto più (*c*) nel pro-

---

(*a*) Iacob. Rævard. de auctorit. Prud. c. XIV.

(*b*) L. 2, §. 5 ff. de orig. jur. Asconius ad Verrin. III.

(*c*) Dicesi *molto più*, giacchè finalmente a' tempi della Rep. qualche volta i tribunali osavano di recedere dalle opinioni de' giureconsulti, e Cicerone dopo di aver oratoriamente posta in discredito la loro autorità, attribuisce agli oratori il vanto di ta-

gresso, quando Augusto, ed i seguenti Imperadori, concessero ad alcuni eletti giureperiti il privilegio di magistralmente, *ed autorevolmente* rispondere in jure (*a*); privilegio sommamente pericoloso, che faceva parte a'privati del più geloso e del più sacro fra i dritti della Sovranità. Ma non passarono molti secoli, che la stessa division de'partiti, le moltiplici contrarietà dei pareri, e l'abjezione inoltre in cui era caduta per colpa degli artefici *l'arte del buono e dell'equo* (*b*), posero nella necessità gl'imperadori Teodosio, e Valentiniano di fissar alcune regole a'giudici, perchè dovessero determinare a seconda de'pareri medesimi le loro sentenze, quando attenendosi alla prevalenza del numero, e quando alla eccellenza, e celebrità degli autori (*c*). Egli sembra però che queste medesime providenze accu-

---

lor sovvertirla - *Jurisconsultorum responsa & decreta ab oratoribus sœpe dicendo everti.* Cic. pro Murœna XII, XIII.

(*a*) L. 2, §. 47 ff. de Orig. jur.

(*b*) Mamertin. in gratiar. action. pro Consulat.

(*c*) L. un. Cod. Theodos. de Auctorit. Prud.

sassero non pure di somma imperfezione le leggi d' allora, mentre abbisognavano di questi privati presidj per essere interpretate, conciliate, supplite, ma altresì e molto più di somma ignoranza li giudici, obbligati com'erano (*a*), o dalla stessa legge, o dagli usi a modellare i giudizj loro a norma delle scritte o pronunciate opinioni de' giureconsulti, vale a dire d'uomini alla fin fine non rivestiti di alcuna pubblica autorità.

Se non che, fors' anco all'oggetto di togliere questa, se ci è lecito di così chiamarla, umiliante degradazione della Magistratura, Giustiniano raccolse e fece di sua ragione tutti gli aforismi e i dettami de' giurisprudenti, che sino all'età sua avevano dominato, ed, ordinatane la scelta e la distribuzione, impresse loro finalmente il suggello della sua imperante autorità, (*b*) facendo divenir senza più altrettante leggi di vero nome, quelle che in sostanza originariamente non era-

---

(*a*) §. 8 Inst. de Jur. Nat. Gent. & Civ.
(*b*) L. 1, §. 6. C. de vet. jur. enucl.

no che dottrine ed opinioni di privati. Egli certamente pensò, che per questa guisa li Giudici non avrebbero più arrossito di sottostarvi una volta che la dottrinale giurisprudenza si fosse confusa, e identificata colla legislazione. Proibì peraltro in futuro ulteriori commentarj, (*a*) e tolse, quanto era in lui, ai nuovi prudenti qualsivoglia diretta influenza ne' giudizj, riputando, e forse non a torto, di aver già fatto abbastanza sia per la teorica instituzion nel dritto, sia per la pratica scienza de' casi (*b*).

Pur tutto questo ancor non bastò ad emancipare li magistrati dell' età posteriori, dalla tirannide de' giuristi: e la felice scoperta delle leggi romane in Italia fu susseguitata (e come poteva essere diversamente nella caligine di que' tempi?) da una interminabil falange di glossatori, di espositor, di prammatici, i quali niente meno di quegli antichi ebbero forza a poco a poco d' incatenare i mal

(*a*) L. c. §. 12.
(*b*) L. 2, §. 11 C. eod.

illuminati, e per conseguenza non liberi suffragj de' giudicanti. Questi non osavano infatti per più secoli di attenersi semplicemente, siccome avrebbero dovuto, al nudo testo delle leggi, se non venivano insieme condotti a mano e fulciti dall'autorità, creduta infallibile, de' giurisprudenti; il numero delle quali autorità, anzicchè il peso delle ragioni che servivano ad esse di base, d'ordinario trionfavano della inerte titubanza de' primi. Qual meraviglia perciò, se la giurisprudenza degli andati tempi era tutta raccolta nei volumi de' dottori, anzicchè nella collezion de' giudizj, quando questi in sostanza non erano, che una servile trascrizione de' primi (*a*), i quali poi dal

---

(*a*) Deplora questa costumanza, parlando de' suoi tempi, che pur non erano così barbari, anche il de-Luca, il solo forse fra' Prammatici, che non fosse amico delle citazioni sopratutto ne' giudicati, e che, facendo assai poca disparità fra le opinioni comuni, e quelle de' pochi, od anche di un solo, purchè meglio fondata, ebbe il coraggio persino, non senza scandalo forse de' suoi compagni, di applicare alla giurisprudenza la massima, che *argumentum pessimi turba est.* E per non offendere poi e per mante-

loro canto, per servirmi della spiritosa espressione di un filosofo dell'antichità, *in suis opinionibus pergunt non qua eundum, sed qua itur?* (a)

Ognun però può vedere il controsenso di questo costume, giacchè laddove la giurisprudenza de' giudizj dovrebb' essere la norma della giurisprudenza delle scuole, e de' pratici, questa invece detta orgogliosamente i precetti, e si fa serva la prima. Diffatti, e che son eglino veramente li magistrati giudiziarj? Non altro al certo che gli organi legittimi della legge, detti perciò a gran ragione *leggi viventi*. Le massime adunque per essi lo-

---

nere in qualche modo la riverenza dovuta alle Rote, che avevano anch'esse, com'è ben noto, un tal uso, si fa a persuadere i lettori che le così dette lor decisioni, che solevano raccogliersi e pubblicarsi, non erano già li giudizj di que' rispettabili tribunali, come sembrarebbe indicare il nome appunto di *decisioni*, ma solo il voto de' *ponenti* o auditori destinati a riferire la causa, i quali voti alcuna volta erano contradetti dalle definitive sentenze. *V. de Luca Theatrum Verit. & Justit.* Disc. de stil. Curiæ.

(a) Seneca de vita beata.

ro addottate nel giornaliero interpretare che fanno, o applicare, o supplire ne' dubbj casi la legge (giacchè ove chiari sempre ne fossero, e sufficienti i precetti, nè insorgerebbero controversie, nè v' avrebbe luogo ad interpretazioni nè a supplementi) devono considerarsi come altrettanti canoni autorevolissimi, che in quanto non vengano disapprovati o emendati da chi n' abbia il diritto, si accostano assai d' appresso all' autorità della medesima legge, e ciò tanto più quanto sia egli più eminente il grado de' tribunali, dai quali vennero ricevute. *Quoties*, dicea Pedio presso Ulpiano (*a*), *quoties lege aliquid unum vel alterum introductum est, bona occasio est cætera quæ tendunt ad eandem utilitatem interpretatione, vel certe* JURISDICTIONE *supplere.* Dal qual detto non solamente apprendiamo, che la base ordinaria d' ogni dottrinale o giudizial decisione dev' essere quanto mai si possa la stessa legge, e che l' *analogìa* è veramente la sola, ch' abbia un vero dritto di annodare insieme

(*a*) L. 13 ff. de LL.

ciò ch' è chiaramente prescritto, con ciò che in qualche caso nol fosse, e, riducendo l' uno, e l' altro ad una specie di continuità ed unità di sistema, di far germogliare dal seno della medesima legge le massime, che ancora non fossero del tutto, o non abbastanza determinate; ma apprendiamo eziandio, che se a così geloso e difficile officio presiede invero *l' interpretazione*, che può essere comune, e alle scuole ed ai tribunali, non è poi proprio in sostanza che della *giurisdizione*, vale a dir di quest' ultimi, il sostenerlo.

Ottima interprete delle leggi, anzi altra legge ella stessa vuolsi avere la *consuetudine* (*a*). Ebbene: ma questa stessa consuetudine come nasce, come confermasi, come si prova? sopra di ogni altra cosa guardando ai giudizj. *Cum de consuetudine civitatis confidere quis videtur, primum quidem illud explorandum arbitror, num etiam contradicto aliquo judicio consuetudo firmata sit.* (*b*) Ed Alessandro Severo, ammettendo

(*a*) L. 37 ff. eod.

(*b*) L. 34 ff. eod.

anche potersi dar consuetudine comunque non avvalorata da giudicj, (locchè però più propriamente si addice ai governi repubblicani, dove il popolo è autore delle costumanze, non meno che delle leggi) finalmente pronuncia, esser pari l'autorità della consuetudine stessa, e quella delle cose sempre con uniformità giudicate, ed aver sì l'una che l'altre nelle *dubbie cose* forza di legge (*a*). E così sembra che dovess'essere allora, e con alcune limitazioni anche in presente, rispetto alle decisioni de'tribunali, specialmente se superiori, e fra loro concordi. Ritenuto difatti, come dice il Conringio, che *omnes judices auctoritate summæ potestatis jus dicunt, nulla autem propria* (*b*), principio reso ancor più sensibile presso di noi, portando ogni giudizio in fronte l'Augusto Nome di chi sostiene la sovranità (*c*), deve poi conchiudersi col Coc-

(*a*) L. 58 ff. eod.

(*b*) Herman. Conring. Dissertat. de judiciis in rep. recte ordinandis.

(*c*) Cod. di Proc. Civ. art. 146.

cejo (*a*), che *qui tales judices ad judicandum admovent, etiam facto ipso consensisse dicendi sunt in id, quod illi sunt judicaturi.* — Si aggiunge che, per fortuna dell' età nostra, dovendo i giudici d' oggidì essere essenzialmente dotti in giurisprudenza (*b*), divengono necessariamente di un doppio peso le lor decisioni, in quantocchè, oltre all' autorità che sempre meritano le sentenze che partono da magistrati i quali tengono la immediata loro missione dalla stessa sovranità, fonte così d' ogni legge come d' ogni giurisdizione, si unisce ad esse anche quella che un tempo sarebbesi attribuita alle *disputazioni del foro*, o posteriormente alle *opinioni comuni* di sopra accennate. Anzi sotto a quest'ultimo risguardo devesi alle prime una deferenza di gran lunga maggiore: imperocchè le private opinioni o gregariamente ricevute, o per la prima volta spacciate

---

(*a*) Henric. de Coccej. disput. curios. Diss. XV de vi Consuetudin. in Principatu Sect. VI. n. 1.

(*b*) Regolamento Organ. Giudic. art. 144.

da' privati uomini di legge, possono sempre essere infette, od almen sospettate di prevenzione; laddove gli effati de' tribunali deggiono considerarsi diretti da uno spirito impassibile di verità e di giustizia, e sono, o si dee supporre che sieno, il depurato risultamento delle tranquille disamine, e discussioni d'uomini dabbene e dell'arte, rischiarate altresì dal dotto ed ingegnoso conflitto d'altri giureperiti, che si trovano alla difesa de' litiganti, e che presentano al vaglio de' primi quanto può dirsi e pensarsi intorno agli assoggettati problemi.

Ma che? Sarebbe poi egli a temersi che tanto a poco a poco si attribuisse di autorità alle dottrine, o alle massime ricevute dai giudizj sino a trascorrersi per avventura la linea che insuperabilmente divide il potere *legislativo dal giudiziario*, e che si venisse così obbliquamente a deludere quanto a caratteri incancellabili se ne sta scritto nelle disposizioni preliminari del Codice Augusto, essere cioè *proibito a' giudici di pronunciare in via di disposizione generale o di regolamento nelle*

cause di lor competenza? (*a*) E veramente in quella guisa che nessun saggio amerebbe di veder riprodotti i ferrei tempi dei Regiudici, quali erano i primi di Roma (*b*), nè tampoco que' de' *rescritti* o *decreti*, co' quali decidevansi dagl'Imperadori Romani molte controversie de'privati, giacchè nessuno di sano consiglio amerebbe di ricadere sotto l'impero dell'eccezioni, troppo contento il mondo di essere governato da regole; così viceversa perniciosissimo, ed ancor peggiore sarebbe il sovvertimento che potrebbe temersi nell'ordine pubblico, se mai per impossibile ai magistrati giudiziarj, che per la loro essenziale costituzione non altro sono che interpreti ed applicatori del diritto ai casi particolari, venisse in qualsivoglia modo attribuita alcuna, benchè menoma, parte di quel supremo incomunicabil potere che la sovranità volle gelosamente preservato a se sola, quello cioè di ordinare le leggi, ossiano i precetti generali e comuni.

(*a*) Cod. Nap. art. 5.
(*b*) Dionys. Halicarnass. Antiq. Roman. Lib. X. 1.

Se non che ogni cosa è già in salvo, solchè si distinguano bene in fra loro due sorta di autorità che voglionsi attribuire alle cose giudicate. Altra è un'autorità *necessaria*, quella cioè, per cui son elleno riguardo agli effetti, come altrettante leggi strettamente obbligatorie per le parti litigatrici; ed è questa quell' autorità, contro la quale l'Imperador Costantino non volle che valesse nemmeno alcun rescritto imperiale, minacciando persino di severissime pene chi l' avesse impetrato (*a*); autorità che, circoscritta ai singoli casi, non offre nulla a temersi, ed è anzi indispensabile alla conservazione del retto ordine di società. In vista di che, egli fu anzi sapientemente ordinato dallo stesso Codice Augusto, onde non si ritardi mai in nessun caso il corso della giustizia, che i giudici non possano *ricusarsi di giudicare sotto pretesto di silenzio, oscurità, o di-*

(*a*) Cod. Theodos. L. 1 *de re judic.* L. 17 eod. cod. *de appellat.* L. ult. C. Justin. *Sent. rescindi non posse* L. ult. eod. Cod. *ut lit. pendent.*

fetto di legge (*a*): al qual passo osserviamo che dir si volle con ciò, essere d'ordinario *pretesto*, non verità, che manchi o sia oscura la legge, ove la legge scritta non altro sia propriamente che una diretta emanazione della ragion naturale, e dove i principj di quella sieno gravidi di tutte le più rimote loro derivazioni; ed in ogni caso essere il giudice autorizzato, anzi obbligato non pure ad interpretarla, ma ben anche, se d'uopo fosse, sempre però ne' singolari casi, a supplirvi.

Ma altra poi si è l'autorità delle cose giudicate *non necessaria* e, per così esprimermi, *di congruità*; ed è quella appunto che può venir allegata da caso a caso, se non come legge, dalla quale rimarrà sempre sommamente distante, almeno come principio probabile di future decisioni; autorità, che non le vessa nè le incatena, ma servir può peraltro assai spesso quasi di face per convenevolmente dirigerle. Quanto però a quest'ultima specie di autorità, di cui unicamente parliamo, se

(*a*) Cod. Nap. art. 4.

non è del tutto irresistibile, e se lascia tuttavia in libertà gli altri giudicanti di seguirla, o di abbandonarla, sarà sempre vero però che senza gravi ragioni non sarà disprezzata onde non introdurre imprudentemente o non perpetuare una certa anarchìa ne' giudizj, anarchìa, che alla pubblica ed alla privata tranquillità non è mai indifferente, ed assai poco è discosta dall' anarchìa di governo. Ed a questo luogo vuolsi considerare, che quello che sono le leggi scritte rispetto alle naturali, lo sono risguardo alle scritte leggi i giudizj. E che altro in fatti si propone egli un Legislatore nel conformare i suoi codici, se non se di togliere alle disputazioni de' filosofanti i razionali principj ed eterni della giustizia, di determinare secondo l'addottato sistema di società e le circostanze dello stato, e sempre colle vedute del ben generale, ciocchè la natura lascia indeterminato, ed incerto; di ristringere il novero delle azioni indifferenti, e lecite in astratto, convertendole in altrettante azioni o comandate o proibite in concreto, onde impedire che

in dannosa licenza non degeneri la libertà; di guidar in fine a salute per dir così il *cittadino* per que' tortuosi ed intralciati sentieri, dove quanto più ci scostiamo dalle prime ed assiomatiche posizioni, l'*uomo* d'ordinario suol perdersi? E tale si è appunto a un dipresso l'officio de' giudici rispetto alle specie particolari che lor si propongono, dalle positive leggi non litteralmente contemplate. Il giudice si associa per certa guisa al legislatore, e da ciò che questi ha già detto argomentando ne' dubbj casi ciò che forse indicò ma non disse, fissa il senso de' suoi oracoli venerandi, ne annoda i detti sparsi e non permette che la malizia o l'ignoranza o l'errore giungano a confusamente rimescerli o a travisarli; rischiara l'oscuro, l'incerto determina, supplisce il mancante, ed, avendo sempre nella mente e nel cuore la pieghevole *virtù delle circostanze*, ossia la *prudenza*, esibisce nell'unione dei suoi giudicati il compimento della legislazione. E siccome sarebbe in ogni caso minor male il vivere sotto leggi imperfette, di quello che il mancar d'ogni legge,

così sarebbe per avventura assai meno tristo l'avere una giurisprudenza, se ci è lecito il dirlo, in qualche parte anche erronea, che l'averne una incerta e tutto giorno cangiantesi; giacchè all'errore, se si faccia comune od inveteri, può porre assai facilmente un modo la legge, ma alla stessa legge, che consacra la libertà de' giudizj, non sarebbe forse sì facile di frenarne ad ora ad ora la mutabilità licenziosa. Sarebbe questa non ch'altro la più evidente prova della leggerezza o della oscitanza de' magistrati, alla dignità de' quali nulla più nuoce quanto la contraddizione ne' proprj, o l'orgoglioso, ed irragionevol disprezzo degli altrui giudizj, specialmente se superiori, e semprecchè si riconoscano sopra solide basi rettamente fondati. (*a*) Perchè, potendolo senza oltraggio alla propria coscienza, od

(*a*) L'imperator Giustiniano in una sua costituzione, diretta forse a toglier l'abuso che si faceva a' suoi dì dell' esempio e dell'autorità delle decisioni de' magistrati superiori o supremi, ha creduto necessario di ordinare: " *Nemo judex, vel arbiter existimet neque consultationes, quas non rite judi-*

alla ragione, perchè non si vorrà profittare de' lumi de' nostri onorevoli confratelli, o censori, e del risultamento dei loro studj nell'esame, che ci avvenga di fare di quistioni da essi precedentemente definite? Una è la legge, una è la giuris-

---

catas esse putaverit, sequendum, & multo magis sententias eminentissimorum præfectorum vel aliorum procerum (non enim si quid non bene dirimatur, hoc & in aliorum judicum vitium extendi oportet, cum non exemplis sed legibus judicandum sit) neque si cognitionales sint amplissimæ præfecturæ vel alicujus maximi magistratus prolatæ sententiæ: sed omnes judices nostros veritatem & legum, & justitiæ sequi vestigia sancimus. L. 13 C. de sent. & interlocut. Ma la causale appunto di questa costituzione conferma quanto abbiam detto — Non fu mente di quell'imperadore di togliere indistintamente ogni peso all'autorità dell'esempio, ma solo egli se la prese contro la stupida venerazione che avessero per avventura li giudici pelle decisioni superiori, sino a seguirle anche dove avessero evidentemente violata la legge, o la naturale equità. E perciò unicamente eresse l'aforismo *non exemplis sed legibus judicandum:* Ma dove taccia la legge o dove non parli che oscuramente, e dove d'altronde si riconosca rettamente, o interpretata, o supplita dai giudizj precorsi, non è applicabile certamente l'allegata costituzione. V. Socin. reg. 225.

dizione, uno il fonte d'onde emanano entrambe: come dunque o perchè non si studierà ogni possibile mezzo per fare ch' una sia pure la *Giurisprudenza*, ossia il modo d' interpretare, di applicar, di supplire la prima, di esercitar la seconda, di servire infine ai supremi e sempre costanti voleri dell' ultimo?

Tutte queste riflessioni, nell' atto che rendono abbastanza manifesto quale e quanta ella siasi, e sino a qual grado possa seguirsi con profitto, e senza pericolo l' autorità dei giudicati specialmente delle Corti superiori, esibiscono inoltre sempreppiù sensibile alla universale riconoscenza i profondi oggetti, sapienti non meno che liberali, del supremo Gerarca dell' ordine giudiziario, nell' invitare ch' ei fece tutte le Corti di appello del Regno a raccogliere, e render pubbliche le più importanti fra le loro decisioni, e quelle sopratutto che spargono una qualche luce, sull'intelligenza, e sull'applicazione delle nuove leggi. Nè meritano certamente d' essere seriamente confutati i sofismi di que'pochi, che chiudo-

no volontariamente gli occhi per non vedere l'utilità di cosifatte collezioni, quasi portino esse un inceppamento dannoso insieme, e sdicevole alla libertà de' tribunali; quasi favorir possan l' inerzia di molti magistrati nella difficile, e talvolta penosa ricerca del vero., a cui nulla più nuoce, come si esagera, quanto il seducente prestigio dell' autorità; quasi espongano infine li giudizj stessi alle indiscrete, ed irriverenti censure del volgo, e de' semidotti. Somiglianti accuse, quand' anche non fosser distrutte da que' limiti stessi che abbiamo posti all'uso che si può fare dell' autorità de' giudicati, non proverebbero al più, se non se non avvi umana cosa, per quantunque utile e saggia che siasi, che dalla malizia, o dall'ignoranza di alcuni non possa convertirsi in abuso; ma non per questo dovrebbe ripudiarsi il bene per la sola ragione ch' è discosto dall' ottimo, o che va talvolta commisto a qualche inconveniente.

Ma, e chi pel contrario a prima vista non vede le manifeste, e moltiplici

utilità derivanti da cosiffatte collezioni? Prima di tutto ognun sa essere già passato in costume, di far presente ai giudici in ogni controversia i casi analoghi già decisi. Il qual costume sarebbe certo difficilissimo a svellersi, specialmente in Venezia, dove si soleva sino da secoli allegare mai sempre i così detti *spazzi* ossiano decisioni de' Consiglj di XL, quali autorità sacre, ed assai poco dissimili dalle leggi, quantunque queste decisioni non fossero mai precedute da motivi, e servissero piuttosto ad incatenare, che a rendere ragionevole l'ossequio sia de' giudici, sia dei litiganti. Dato perciò un tal costume, che tuttora sussiste e sussisterà finchè non venisse proibito, egli è chiaro che le intraprese collezioni, che diffusamente contengono la esposizione de' casi con tutte le importanti lor circostanze, le ragioni dedotte d'ambe le parti che formano il nerbo delle precorse discussioni, la decisione infine con tutta l'intera serie delle ragioni che l' hanno determinata, queste collezioni, dicevasi, tendon non ch'altro a prevenire, e tutte

quelle maliziose mutilazioni, e quelle infedeltà tipografiche, che non di rado indur possono e sogliono in molti abbagli, ed in false analogìe lo spirito di coloro che sono chiamati a risguardar li giudizj seguiti, come di una qualche norma ai futuri. E ad evitare appunto somiglievoli abusi diressero un dì le lor provvidenze gli stessi Imperadori Teodosio, e Valentiniano, quando nell' imprimer che fecero una tanta autorità ai *responsi* di alcuni più celebrati giurisprudenti, comandarono però in pari tempo che fossero ridotti alla genuina loro lezione (*a*). La scienza delle *varianti* non è oziosa nella giurisprudenza niente più che nella filologìa o nella storia. Una edizione adunque officiale e riconosciuta delle raccolte decisioni delle Corti superiori è sempre anche in questo risguardo un gran bene pegli usi, a' quali sono esse ordinate.

(*a*) *Si tamen eorum libri, propter antiquitatis incertum, codicum collatione firmentur.* L. un. Cod. Theodos. de Respons. Prudent.

In secondo luogo non sono eglino, come abbiam già accennato, i giudizj fra gli elementi precipui e forse il primo della consuetudine, purchè colla legge non pugni o colla ragione? (*a*) Ma non è egli del pari costante che nessuna consuetudine aver potrebbe forza di legge, ove non riporti, tacitamente almeno, la sanzione della Sovranità, sorgente unica d'ogni legge? Ora questa sanzione non potrebbe certo presumersi, ove non si desse tutto il grado possibile di pubblicità agli stessi giudizj, sicchè possa ragionevolmente indursi esser eglino fatti presenti al Sovrano, che nella immensità delle profonde sue cure, non potrebbe al certo tener dietro all' uso che facciano giornalmente li tribunali da Lui instituiti di quell' autorità, che una volta ad essi affidò.

Di più; quella stessa Corte suprema, a cui dalla organica giudiziaria costituzione è commesso di vigilare alla seve-

---

(*a*) L. 2. C. quæ sit longa Consuet.

ra custodia delle leggi, e di emendare colla propria autorità, malgrado l'acquiescenza de' soccombenti, gli errori in cui fossero cadute l'autorità giudiziarie (a), ovvero di provocare dallo stesso Sovrano ne' casi veramente oscuri, com'è prescritto dal terzo statuto costituzionale, un'*autentica interpretazione* delle sue leggi (b), onde toglier per sempre le false, che fatalmente si fossero in generale introdotte presso de' tribunali; questa suprema Corte dicevasi, non potrebbe aver certamente un mezzo più agevole di siffatte collezioni per poter esercitare queste sue speciosissime ed eminenti prerogative. Nè per altra via finalmente la giudiziale giurisprudenza potrebbe giungere a quell'unità, e a quel consenso, a cui pel bene delle nazioni egli è pur a desiderarsi che finalmente pervenga, ed a cui lo stesso Legislatore solennemente dichiarò di volerla mano mano condurre, quanto offe-

---

(a) Regolam. Org. art. 95 e seg.
(b) Stat. III, Costituz., Tit. VI, art. LIV.

rendogli come in uno specchio la serie de'giudizj nati sulla base de'suoi precetti, onde, veduto in che dissentano, in che convengano, sanzionare col silenzio od espressamente i concordi (che d'altronde hanno intanto a loro favore una gran presunzione di verità) e dichiarare qual fra i pugnanti abbia avuto la gloriosa ventura di cogliere più felicemente nel segno, e di sollevarsi prima o meglio degli altri al di Lui sapientissimo intendimento. Avranno così fra brevi anni e la Francia, e l'Italia il loro *Receptum Jus;* ma lo avranno con forme ben più avvedute e per mezzi assai più legittimi che Roma non l'ebbe, deferendo, com'ella faceva, una tanta autorità a suoi privati, e troppo spesso discordi giureconsulti. Se non che non la sola giurisprudenza col mezzo di cosiffatte collezioni andrassi di giorno in giorno accostando alla sua desiderata unità, e perfezione: ma si renderà col mezzo stesso più agevole di portare nel fondo della medesima legislazione quel maggior grado di perfezionamento, a cui, consultata prima l'esperienza de' suoi tribuna-

li (*a*), la liberalità del Sovrano con esempio del tutto nuovo, e solo degno di Lui, solennemente promise di volerla dopo qualche tempo elevare.

Ma dopo di tutto ciò egli non deve tacersi un'ultima, e ben grande utilità, che ci promette in progresso la pubblicazione di queste raccolte di giudicati superiori, che distesamente comprendono anche quelli, da' quali si è provocato. E chi difatti non vede essere questo appunto il mezzo più acconcio per porre d'ora innanzi in somma avvertenza, ed anzi in una fervidissima emulazione tutti li Magistrati giudiziarj, perchè non solamente il fondo de'loro giudizj sia tale da non dover essere disapprovato e corretto, ma perchè anch'essa la redazion de'medesimi sempreppiù corrisponda in ogni sua parte alla vera lor dignità? Disputano fra lor gli eruditi intorno al genuino significato dell'iscrizione del titolo XLIV del lib. VII del Codice di Giustiniano - *de sen-*

(*a*) Stat. Cost. art. LVII.

tentiis ex periculo recitandis –, iscrizione, che sembra tratta da una costituzione degli Imperadori Graziano, Valentiniano, e Teodosio, che leggesi nel Codice Teodosiano al medesimo titolo (*a*), nella quale sta scritto, *parere sublimitatem tuam nostris legibus convenit, ut in omnibus negotiis ex periculo promatur deliberationis plena sententia.* Che vuol significare la espressione *ex periculo*? Gran quistione che divide gli espositori! La maggior parte di loro conviene invero nel ritenere che *ex periculo* sia lo stesso che si dicesse *ex libello,* ossia dalle tavole dove registravansi le sentenze; e ciò par ragionevole, giacchè questa significazione perfettamente si concilia, e con altra costituzione de' medesimi Imperadori (*b*), che vogliono che le sentenze si redigano *irretrattabilmente* in iscritto, con

---

(*a*) L. 2, C. Theodos. de sent. ex pericul. recit., & ad eamd. Jacob. Gothofred.

(*b*) *Hac lege perpetuo credimus ordinandum, ut judices, quos agnoscendi & pronunciandi necessitas tenet, non subitas, sed deliberatione habita post ne-*

la dovuta diffusione, e pienezza (*a*); e con la novella di Leone (*b*), che prescrive che le sentenze stesse sieno soscritte da quelli che le pronunciarono.

Tutto ciò sembra verissimo, e fissa assai probabilmente il senso, in cui deve riceversi ai suddetti luoghi la voce *periculum*. Ma d'onde poi cosiffatta traslazione, e qual trovasi analogìa tra il senso proprio della stessa voce, ed il metaforico o figurato, in cui s'usa nel linguaggio legale? Molte sono in proposito, ed assai divise le opinioni di gravissimi spositori. A noi arride però e ci pare al caso nostro adattata quella che, rigettata invero da

---

gotium sententias ponderatas sibi ante forment, & emendatas statim in libellum sequuta fidelitate confirment, scriptasque ex libello partibus legant; sed nec sit eis posthac copia corrigendi vel immutandi. L. C. Cod. eod. tit.

(*a*) L' Imperator Costantino ce ne da la ragione ove dice: *id quod magno conflictu sententia decerni solet, paucis litteris temere descriptis definiri fas non est.* L. ult. C. comminationes, epistolas &c.

(*b*) Leon. Novell. 45.

Gotofredo (*a*), è però favorita del grande Cujacio (*b*): vale a dire per ciò appunto chiamarsi *pericolo* il libello dove stendonsi e conservansi le sentenze, perchè egli è dalla irretrattabile lor redazione in iscritto, che sorge a' giudici stessi più grave il pericolo d'essere redarguiti (*c*), e di affievolire, od anco di perdere quella venerazione, che loro d'altronde concilia la dignità dell' eminente lor sede. *Magistratuum pericula* chiama Tullio (*d*) le pubbli-

---

(*a*) V. Gothofr. in Comment. ad leg. 2. Cod. Theodos. eod. tit. ff. *Nunc tandem de nominis ratione.*

(*b*) Cujac. Recit. in II & IV. Lib. Decretal. ad Lib. II Tit. III Cap. I. *Ex periculo, idest ex scripto, ex libello; quia & recitantem ad periculum adducit nisi jure judicaverit:* l. 3 Cod. de Sent. ex per. recit., *quod quidem verum est regulariter.*

(*c*) Ascoltiamo l' Imp. Leone nella citata Novella 45, ove dispone che le Sentenze sieno e redatte in iscritto e firmate da' Giudici, *ut ne si temere judicatum esse postmodum deprehendatur, negare illi suam sententiam possint.*

(*d*) Cicer. in Verr. lib. III, c. 79. Hortens. in not. ad hanc vocem. ibi. *Pericula hoc loco sunt libelli*

che tavole, in cui soleansi registrar tutti gli atti delle rispettive amministrazioni; e ben a ragione, perchè come osserva un dotto commentatore, e lo stesso Hottomanno (*a*), egli era sulla base di queste tavole, che, finita la magistratura, potevano i magistrati stessi essere tratti in giudizio coll'accusa *de repetundis*. Che se però, applicando a noi stessi la cosa, tale e tanto sarebbe pure il pericolo che sovrastarebbe alle Corti ed ai tribunali dal solo scrivere irretrattabilmente le loro sentenze, dal sottoscriverle, dal pubblicarle colla lor voce in faccia alle parti, quantunque ciò non gli esponga ordi-

---

seu tabulæ quibus aliquid consignatur. Magistratuum administrationis tabulas scribæ diligenter conficiebant, ex quibus postea ratio istius administrationis Senatui reddi potest: ideo iis quibus tabulæ committuntur, magistratuum pericula committi aptissime dicuntur: idest tabulæ ex quibus Senatus periculum seu documentum capiat recte ne, an secus, provincia administrata fuerit.

Adde Hothmann. Observat. III, n.° 20.

(*a*) ll. cc.

nariamente che ad alcuni vani, e passaggeri discorsi di gente oziosa, imperita, od interessata; quanto questo stesso pericolo non dovrà farsi maggiore una volta che, raccolti, e pubblicati colle stampe, i loro giudizj vanno ad essere imparzialmente e tranquillamente esaminati, e discussi non pure *dai pari*, ma altresì dai superiori; che dico? dalla stessa Sovranità? Ma per questo appunto, che tutto dovrà d'or innanzi sopra bilancie infallibili venir ponderato, e non pure per quel che risguarda la sola *dispositiva* del giudizio, nel che principalmente hanno luogo le parti del Magistrato e l'esercizio della giurisdizione, ma altresì rispetto ai *motivi* che a sì decidere l'hanno determinato, nel che si considerano più veramente le parti del giureconsulto; quanto non dovranno starsi in progresso sopra di loro stesse, e ben avvertite le Corti ed i Tribunali, per rendere vieppiù perfetti, e nel fondo delle dottrine, e nell' aggiustatezza e proprietà dell' espressioni, e nella ben concatenata serie de' ragionamenti, i proprj giudizj? Egli sarà per cer-

to agli animi loro ad ogni passo presente, non dover essi oggimai affastellare dozzinali cibi ad ogni volgar palato opportuni, ma sì doversi per essi accuratamente trascegliere ed esibire que'soli, che degni sieno di mense magnatizie e regali. Lo stesso pericolo adunque di rimanersene inonorati, e la salutare apprension del medesimo, che sorger deve dal proseguimento di cosiffatte collezioni, sarà un nuovo fonte di perfezionamento degli stessi giudizj, e contribuerà sempre più coll' andare degl' anni alla utilità non meno che alla gloria della nazione.

In vista pertanto di tutti questi saluberrimi oggetti anche la Corte d' Appello sedente in Venezia, in obbedienza ai sapienti comandi del supremo moderatore dell'amministrazione della Giustizia del Regno d' Italia, comincia con modesta alacrità la pubblicazione di quelle che reputa le più importanti fra le decisioni da Lei fino ad or pronunciate; e si crederà assai fortunata, se possa un dì lusingarsi d' essere anch'essa in qualche modo concorsa colle eccelse e rispetta-

bili sue consorelle a rendere sempre più fermo il grande edifizio della legislazione, e della giurisprudenza giudiziale Italiana.

I.

Transazione - Risoluzion di Contratto - Dilazione al pagamento.

La transazione con cui il creditore rinuncia ad agire per l'immediato pagamento del suo credito già liquido e giudicato, in grazia dell' impegno assunto dal debitore di pagare in certi tempi e modi, è un contratto sinallagmatico, risolvibile per la mancanza del debitore, cui può il giudice peraltro concedere a norma delle circostanze una dilazione.

Codice Civile art. 1184.

Aggravata di passività la dita Testori e Marsand di Venezia, potè nel 27 gennajo 1807 persuadere i suoi creditori ad una transazione. Fu pattuito con questa l'indiminuto loro pagamento rateato: cioè d' un venti per cento nello stesso mese di gennajo 1807: d' un quindici per cento nel gennajo 1808: d' un altro quindici nel gennajo 1809: e del rimanente cinquanta per cento entro l' anno 1810, ove potesse la dita realizzar la vendita d' una sua grandiosa possessione in Faenza. Giuseppe

ed Antonio Giovanelli andavano creditori di lire 6907: 50 dalla dita suddetta per cambiale caduta in protesto. Il credito loro era stato giudicato da sentenza del tribunal di commercio in Venezia 17 ottobre 1806 passata in giudicato. Sulle prime si ricusarono dall'accettare la transazione, ma finalmente vi aderirono.

Mancò la dita Testori al pagamento delle due prime rate 1807 e 1808. Fu allora che i Giovanelli la provocarono in giudizio onde far decidere che, non essendo stato eseguito l'accordo suddetto, ritener lo si dovesse caducato e nullo quanto all'interesse degl' instanti: ciò all'effetto di poter essi procedere in esecuzione dell' ottenuta sentenza, che avea condannato l'intimata dita a pagar entro 14 giorni l'intero suo debito. L'appoggio di questa citazione era l'articolo 1184 del codice civile, per cui la condizione resolutiva è sempre sottintesa nei contratti sinallagmatici, nel caso in cui una delle parti non soddisfaccia alla sua obbligazione.

Si difese l' intimata dita allegando, che quell'accordo non era un contratto sinallagmatico, mentre non conteneva se non una facilitazion di pagamento concessa dai creditori al debitore, e non era perciò ad esso applicabile il citato art. 1184. Che nessuna clausola penale essendovi scritta in caso di mancanza al pagamento, il creditore non aveva altra azion che quella di ripetere le rate scadute insieme coi relativi interessi. Che una pretesa pari a quella dei Giovanelli era già stata proposta dagli altri creditori fratelli Wagner, ed esclusa dal tribunal di commercio. Giustificò perultimo l'acca-

duto difetto, dimostrando che una lite gravissima le inceppava la disposizione d'una assai considerabile tenuta di beni da essa acquistata in Faenza, il ricavato dalla cui vendita, per quanto anche nell'accordo erasi scritto, dovea servire all'estinzione de' suoi debiti.

Il tribunal di commercio nel giorno 6 febbrajo 1808 pronunciò in favor degli attori la seguente

Sentenza testuale.

Considerando che un giudizio qualunque d'un tribunale non deve aver influenza sopra un'altro da emanarsi; e che in fatto quello pronunciato dal tribunale di commercio li 13 novembre 1807, il quale rigetta l'instanza della dita fratelli Wagner contro l'impetita dita Testori e Marsand, fu in una questione non solo totalmente diversa dalla inallora assoggettata, ma proposta in forma anche contraria alle precise disposizioni del codice del regno all'art. 1184, e nella quale altri principj ed altre leggi, cioè le Venete, dalle parti respettivamente a proprio favore si reclamarono: e quindi sull'applicazion ed effetto di questa unicamente i motivi versarono,

Considerando che non è l'esecuzione d'una clausola penale che dagli Attori contro i convenuti si reclami, la quale nell'accordo fra i Testori e Marsand, ed i suoi creditori approvato da questo tribunale li 27 gennajo 1807 non esiste; ma bensì reclamano la condizione resolutiva, che pel di-

sposto del codice del regno all'artic. 1184 è sempre sottintesa ne' contratti sinallagmatici nel caso in cui una delle parti non soddisfaccia alla sua obbligazione,

Considerando che l'accordo suddetto contiene obblighi respettivi per le parti; cioè per il creditore il dovere di attendere a tempi lontani quel pagamento che in forza del suo titolo creditorio, e degli atti praticati, avea diritto di pronto esigere; e pel debitore quello di pagar la somma dovuta nelle prefisse modalità; e tanto è vero che un'effettiva obbligazion egl' importi pegli attori, quantocchè i convenuti sostengono che in forza di tale obbligazione, siasi ella o volontariamente assunta oppur per coartata di legge imposta, non possano gli attori (come nol potrebbero in fatto se la convenzione non fosse risolta) progredire gli atti legali incamminati; quindi non v'ha dubbio che bilaterale sia il contratto,

Considerando che il difetto all'obbligazione per parte dei convenuti è provato e confessato;

Considerando che la liberale disposizione dell'articolo stesso del codice del regno, concede facoltà al giudice d'accordare al convenuto una dilazione a norma delle circostanze; che questa facoltà si lascia pienissima al tribunale dagli attori in giudizio; e perciò, avuto riflesso alle circostanze de' convenuti per accordar loro un'abilitazione a sanar il difetto,

Il tribunale dichiara che, non essendo stato in veruna parte eseguito l'accordo proposto ai loro creditori dai signori Testori e Marsand approvato

con decreto 27 gennajo 1807 del tribunal mercantile e marittimo per l'effetto dell'integral sua esecuzione, ritener si debba caducato e nullo come seguito non fosse quanto agl'interessi delli Giuseppe ed Antonio fratelli Giovanelli l'accordo stesso; e sieno perciò gl'instanti abilitati a poter, senza l'obice dell'accordo medesimo, procedere all'esecuzione della sentenza seguita a loro favore li 17 ottobre 1806, colla quale furono li convenuti condannati al pagamento entro 14 giorni di lire 6907 : 50; la qual sentenza era stata appellata, ma fu receduto dall'appellazione con atto 17 novembre 1806: qualora però i convenuti entro un mese dalla data della presente non adempiano integralmente verso gli attori agli obblighi dell'accordo.

La dita soccombente interpose l'appellazione. Le disposizioni del codice Napoleone, diss'ella, applicabili al caso certamente son quelle comprese nel titolo delle *transazioni*; giacchè l'accordo quanto ai Giovanelli fece l'effetto di *por fine ad una lite* nel che l'art. 2044 fa appunto consistere la *transazione*. Ora se la legge regolatrice quella esser deve del titolo suddetto, egli è certo che in questo non vedesi mai prescritto che debba sottintendersi la condizione risolutiva, come sotto altro titolo, ed in altri rapporti l'art. 1184 dispone; e quindi conchiuder si deve che nelle transazioni la condizione risolutiva non dee sottintendersi. Ciò si conosce più chiaramente dall' artic. 2047 del titolo suddetto. Esprime questo che *alle transazioni si può aggiungere una pena con-*

tro colui che manchi di adempire alle medesime. Se dunque la legge lascia alle parti l'arbitrio di espressamente apporre la penale per l'inesecuzione, è manifesto, che nessuna ve ne appose ella stessa; è manifesto anzi che la transazione vien dalla legge ritenuta sussistente anche se una delle parti manchi all'adempimento; restando all'altra l'azione *ad implementum*, e quella nascente dalla penale che stabilita si fosse.

Del resto ritenne la dita appellante il suo primo assunto, che non siavi bilateralità in quest' accordo, nè possa quindi risolversi. E' fissato, diss'ella, nel medesimo il pagamento di somma determinata. Dunque esso riguarda il solo debitore. E' questa quell' obbligazione di cui parla propriamente l'art. 1153 del codice Napoleone, il quale dispone così. *Nelle obbligazioni che sono ristrette al pagamento d' una somma determinata, i danni ed interessi risultanti dal ritardo di eseguirle non consistono giammai se non nella condanna a pagare gl' interessi fissati dalla legge.* Se quindi il pagamento degl' interessi è la sola penale dalla legge comminata al ritardo in tal caso, lungi l'idea della risolvibilità di quest'obbligazione.

Gli appellati risposero che il canone sancito dall' artic. 1184 è generale a tutt' i contratti che contengono obbligazioni bilaterali, uno de' quali è senza dubbio la transazione. Nè la prescrizione dell' art. 2047 punto vi osta; poichè il potersi stabilire dalle parti una penale a danno di chi mancasse all' adempimento della transazione, non toglie che vi si possa, e debba anche sottintendere la

penale di legge cioè la clausola risolutiva. L'articolo 1153 poi egualmente non vi osta.

Esso determina bensì il limite degl'interessi e danni ripetibili pel ritardo nell'eseguir l'obbligazione di pagar una somma determinata: ma punto non tratta della sussistenza d' un contratto le di cui condizioni non si sieno eseguite. Non v'ha dubbio che al contraente deluso dall'altro coll'inesecuzione del contratto, oltre all'azion di rescissione del contratto medesimo, non competa quella ancora degl' interessi e dei danni. Di quest' ultima si occupa l'art. 1153, come l'art. 1184 si occupa della prima.

La Corte d' appello nel 31 marzo 1808 pronunciò in favore degli appellati la seguente

Decision testuale.

Considerando che l' accordo dalla dita Testori e Marsand offerto a' suoi creditori ed accettato dalla maggior parte dei medesimi, che si è reso anche operativo pei fratelli Giovanelli, è una transazione in forza della quale i fratelli Giovanelli rinunciarono al diritto di agire per l' immediato pagamento del loro credito sulla fede delle reciproche obbligazioni come in esso; e che perciò è un contratto sinallagmatico e bilaterale, nel quale ha luogo la disposizione dell' art. 1184 del codice Napoleone,

Considerando che in forza del disposto nel detto artic. 1184 può esser accordata al convenuto una dilazione a norma delle circostanze; e d'al-

tronde nell' udienza ha offerto l' immediato pagamento delle due rate scadute 1807, e 1808; e la parte appellata si è espressa che, qualora queste le sieno pagate a breve termine, avrebbe receduto dalla domandata risoluzione dell' accordo quanto al suo interesse,

La corte rigetta l' appellazione, e decreta dover riportare il suo intero effetto la sentenza 6 febbrajo 1808 del tribunale di commercio: qualora però la parte appellante entro giorni otto dalla data della presente decisione non abbia eseguito verso la parte appellata l' offerto pagamento delle due rate suddette.

Sezione Prima.

II.

Competenza - Prelazione tra Creditori - Mobile oppignorato - Distribuzione di prezzo.

1.° Non vi può esser giudizio di prelazione fra creditori sopra un mobile oppignorato se non dopo seguita la vendita, e nell'epoca in cui possa farsi luogo alla distribuzione del prezzo.

2.° Le questioni sulla prelazione stessa debbono essere portate a' tribunali ordinarj, benchè i respettivi crediti fossero stati giudicati dai tribunali di commercio.

Codice di Procedura Civile art. 442, 453, 610, 656 e seguenti.

Giuseppe Rossi possessore di cambio marittimo con ipoteca speciale sulla polacca detta l'*Equità*, dietro favorevole sentenza del cessato tribunale mercantile di Venezia, oppignora la polacca stessa, e procede agli atti di stima e di asta.

Francesco Collalto scrivano su quel naviglio, aveva pure ottenuta sentenza dal medesimo tribunale, con cui eragli stato giudicato un di lui credi-

to per pagamento di mercedi, e per compenso di danni. Fece intimare questa sentenza a Giuseppe Rossi, ed all'ufficiale incaricato della vendita per esser pagato sul prezzo del di lui credito privilegiato.

Rossi allora citò Collalto al tribunale di commercio, perchè sia deciso, che il di lui titolo ipotecario deva avere prelazione sul valore della polacca, essendovi la influentissima circostanza, che la somma da lui prestata aveva servito per sussistenza dell'equipaggio.

Addusse l'intimato Collalto un'eccezione dilatoria dedotta dall' articolo 610 del codice di procedura civile, il quale vieta ai creditori di esercitare i loro titoli di preferenza, prima che gli effetti del comun debitore siano stati venduti, ed il prezzo in istato di poter essere distribuito.

Dimostrava poi la ragione della preferenza a di lui vantaggio, perchè l'editto Austriaco di navigazione tuttora vigente dà questo diritto ai creditori per titolo di mercedi, come per compenso di danni sofferti.

Nel giorno 23 gennajo 1808 il tribunale di commercio in Venezia rese in quest' argomento la seguente

SENTENZA TESTUALE.

Considerando che l'eccezione dilatoria fatta dal convenuto coll' appoggio dell' art. 659 del codice di procedura non è nel caso contemplata nell' articolo medesimo, mentre lo stesso non vieta ad

un creditore di poter prima della verificata vendita dell'effetto oppignorato far giudicare il suo titolo creditorio prevalente al confronto degli altri creditori, salvo il disposto dall'articolo medesimo per quanto è relativo, alla verificazione del suo pagamento,

Considerando quanto al merito ec.

Il tribunale, quanto all'eccezione dilatoria del convenuto, la dichiara inammissibile, e pronunziando sul merito ec.

Appellando Collalto diceva - Il codice di procedura ha abolito qualsivoglia legge anteriore che trattasse di ordine di giudizj. Ora non evvi nello stesso codice la distinzione, cui dal tribunal di commercio si è creduto di poter appoggiare. L'articolo 610 proibisce di far alcuna discussione dei titoli, che possa aver spiegato un creditore nel di lui atto di opposizione, la quale vuole anzi espressamente riservata all'epoca in cui, venduto il mobile sequestrato, possa farsi luogo a risolvere sul prezzo. Se l'azione spiegata dal Rossi per escludere ogni preferenza a vantaggio dello scrivano Collalto ferisce la lettera del riferito articolo, è poi in manifesta opposizione ed allo spirito, ed alle chiare prescrizioni, che sono successivamente riportate sotto il titolo della distribuzione per contributo. Nella facile evenienza che il prezzo degli effetti di proprietà del debitore stati sequestrati non basti a soddisfare le passività, vuole l'artic. 656, che gli stessi creditori entro un mese siano tenuti a convenire sul modo di eseguirne la divisione. Se sembra nuovo di trovare una prescrizione in un codice,

che quasi ingiunga l'obbligo di terminare amicamente le pendenze, non fu ciò per togliere l'arbitrio di ricorrere invece ai tribunali, ma sibbene per far comprendere qual fosse la intenzione del legislatore per ovviare alla conseguenza dei troppo facili litigj. Nè vi ha diversità per alcun creditore sebben assistito da privilegio qualunque. Si stabilisce agli articoli 658, 659, 660, che debba esservi un giudice appositamente delegato, a cui i creditori debban produrre i loro documenti sotto pena di esclusione in caso di inadempimento. E quasicchè la generale dizione di creditore non fosse sufficiente a segnare per tutti indistintamente l' eguale obbligazione, nel successivo art. 667, s'ingiunge che l'atto di presentazione dei documenti debba contenere i titoli di privilegio.

Applicando la legge al caso, avendo Rossi richiesto che Collalto non dovesse avere alcuna prelazione nel prezzo della polacca, non ha atteso il tempo in cui la legge gli permetteva di spiegare la domanda; quindi l'eccezione dilatoria fu giustamente obiettata, e doveva ancora mettersi in avvertenza il tribunale di commercio di non azzardare un' intempestiva cognizione.

Aggiungeva Collalto una accusa d'incompetenza per violazione dell' art. 442 - Con sentenze passate in giudicato si è riconosciuta la liquidità dei crediti di Rossi, e di Collalto, e si è pure permesso di progredire alla vendita della polacca per soddisfarsi col prezzo. A questo punto pertanto doveva ritenersi limitata la competenza del tribunal di commercio. Si è consacrato dalla corte di

appello il principio, che qualunque contestazione originata da sequestri praticati in forza di sentenza di un tribunal di commercio, debba essere portata ai tribunali ordinarj. Non v'è alcuna differenza nel caso per cui si controverte. E' lite nata dopo la prolazione della sentenza per la di lei forzata esecuzione; dunque ai tribunali di commercio è vietata qualunque cognizione. Già vennero esposti gli avvisi per l'alienazione della polacca, a cui si sarebbe anco proceduto se nel giorno fissato non vi fosse stato difetto di oblatori. Come si è sopra avvertito, soltanto dopo l'alienazione giudiziale dei mobili può aver luogo la domanda di prelazione. Se non si passa all' alienazione stessa che dietro sentenze, se non si può spiegare azione per contributo che dopo la verificazione del prezzo, come potrà impugnarsi, che la spiegata azione del Rossi non sia tra quella specie di atti, che la legge colloca nell'esecuzione delle cose giudicate? Il titolo del contributo è posto nel Lib. V del codice di procedura che è *intestato dell' esecuzione dei giudicati*; dunque l'azione per preferenza, che deve spiegarsi allorchè siavi luogo a contributo, essendo conseguenza di cosa giudicata, dai tribunali civili deve essere definita.

Diceva l'appellato Rossi. Non favorito Collalto dal tribunal di commercio per tutta l'estensione della somma di suo asserito credito, introdusse delle inutili questioni d' ordine, e di competenza; ma e delle prime, e delle seconde è egualmente facile la risoluzione.

Le leggi antiche reggono ancora le materie

commerciali. In vigore del Veneto codice di marina, un creditore della qualità dell' appellato ha diritto di far valere le proprie azioni sopra un bastimento anche prima della sua vendita. La nuova procedura non può avere derogato a questo principio stabilito dalla legge per il più facile conseguimento di un credito privilegiato. Gli antichi regolamenti in oggetto di commercio furono finora religiosamente osservati, e sarebbe questo il primo caso che con vero pregiudizio d' un creditore vi si farebbe un' aperta contravvenzione. L' artic. 1041 del codice di procedura dichiara *abrogate tutte le leggi, costumi, usi, e regolamenti relativi alla procedura civile;* ma fino all' apparire di un codice di commercio, tutto ciò che tenda a dare una sostanzial variazione ai diritti dei litiganti, dev'essere in pieno vigore.

Ma senza ricorrere alla precedente legislazione, qualora si voglia ben esaminare l' articolo 610 della procedura civile, si vedrà che non è proibito il far decidere un titolo di preferenza in concorso di altri creditori prima che l' effetto oppignorato sia stato venduto ed in istato di potersi distribuire il prezzo. La prima parte dell' articolo dispone, che il creditore non possa dirigere la sua azione se non in concorso del debitore pignorato, e trattandosi di riconoscere la sussistenza del credito, tra essi due può soltanto aver luogo il giudizio. Ingionge nella seconda parte che non si fa alcuna *procedura contro il creditore opponente, salva la discussione dei titoli della sua opposizione all' epoca della distribuzione del denaro.* Dopo di essere

stata decisa la sussistenza d' un credito in un giudizio contro il debitore pignorato, non doveva permettere la legge di poter insorgere contro il creditore opponente, il quale doveva anzi essere tranquillo per gli effetti della cosa già giudicata a di lui favore. Ma se questa lite veniva vietata, una semplice discussione per la preferenza dei titoli tra creditori non venne espressamente esclusa. Dicendo la legge che riserva la discussione stessa pei titoli della opposizione all'epoca della distribuzione del denaro, vuol significare la esecuzione che deve avere una sentenza per il conseguimento dei creditori. Ma se è diversa cosa il cercare in astratto una dichiarazione di preferenza riservando l' adempimento all'epoca fissata dalla legge, questa distinzione stata adottata dalla saggezza del tribunale mercantile è giusta e sussistente.

Sul titolo della incompetenza rifletteva l' appellato, che se gli articoli 442, 553 della procedura civile proibiscono ai tribunali di commercio di conoscere sull'esecuzione delle loro sentenze, e ne rimettono le contestazioni ai tribunali ordinarj, devonsi ancora verificare gli estremi di una lite nata in dipendenza di esecuzione di giudicati. Vi vuol sempre adunque una quistione nata sul modo della esecuzione di una sentenza, perchè ai tribunali ordinarj debba esser portata la cognizione. La domanda di preferenza non nasce per la difficoltà che possa aver presentato una sentenza del tribunale di commercio. Tanto l' appellato Rossi quanto l' appellante Collalto non furono fino ad ora in causa insieme; le loro rispettive domande furono

dirette e giudicate soltanto contro il comun debitore. Nuova pertanto e tra diverse persone è la contestazione, nè la cosa giudicata vi può avere la menoma influenza.

Può la preferenza tra due creditori per titolo commerciale, soltanto colle leggi del commercio essere definita. L'intelligenza, ed applicazione di queste leggi è data ai soli tribunali di commercio. L'intenzione e lo spirito del legislatore sarebbero delusi, se in una parte interessantissima, e i di cui casi giornalmente si verificano, le disposizioni scritte per il commercio dovessero essere conosciute ed applicate dai tribunali ordinarj. Se pur nella legge vi fosse un'apparente antinomia per le letterali disposizioni dei riferiti articoli 442, 553, dovrebbe questa essere spiegata col lasciare ai tribunali di commercio la maggior estensione in quelle materie, che formano il vero oggetto delle contrattazioni commerciali.

Il sostituto al regio procuratore generale conchiuse per la nullità della sentenza del tribunal di commercio.

La Corte d'appello sotto il giorno 7 aprile 1808, rese la seguente

Decision testuale.

Considerando che la causa per la rejezion dell'opposizione, e per la preferenza sul ricavo della polacca intitolata l'*Equità* fu da Giuseppe Rossi intentata colla citazione 18 gennajo anno corrente in confronto del reo convenuto opponen-

te Francesco Collalto prima della vendita giudiziale della medesima;

Considerando che dall'art. 610 del codice di procedura civile viene interdetta qualunque procedura contro il creditore opponente, salva la discussione della sua opposizione all'epoca della distribuzione del prezzo;

Considerando che quand'anche fosse seguita la vendita, trattandosi della distribuzione del prezzo, e d'esame di titoli di preferenza, non si sarebbe mai potuto intentare fra creditori un formale giudizio senza far precedere gli sperimenti prescritti dagl' artic. 656, 657, 658, 659, 660, 661, 665.

Considerando che nel supposto dell'inutilità degli sperimenti stessi, quando vi fosse stata contestazione fra le parti sopra la prevalenza del respettivo credito e sulla distribuzione del ricavo dell' effetto oppignorato, la lite dovuto avrebbe sottoporsi alla decisione della corte civile, e criminale, sentito il pubblico ministero, a termini degli articoli 666, 667 e 668 del sucitato codice, non già al tribunale di commercio, dove il pubblico ministero non interviene;

Considerando che l'art. 2120 del codice Napoleone non è relativo ad alcuna disposizione del codice di procedura, ma ritiene in vigore le leggi commerciali preesistenti unicamente in quanto al diritto delle ipoteche;

Considerando anzi che il codice di procedura stabilisce appositamente la trafila giudiziaria anche avanti il tribunal di commercio;

Considerando quindi essersi dal tribunale di commercio estemporaneamente ed incompetentemente proferito giudizio sopra il punto contestato;

Considerando che trattasi d'incompetenza a ragione della materia;

Visti gli articoli 170, e 173 del codice di procedura sopracitato.

La corte d'appello ammette l'appellazione, ed annullà la sentenza del tribunale di commercio 23 gennajo anno corrente, rimettendo le parti a prodursi, come, e quando sarà di ragione sul punto della preferenza e distribuzione del prezzo di cui si tratta, innanzi la corte civile, e criminale del dipartimento dell' Adriatico.

Sezione Prima.

III.

Figli - Educazione - Patria Potestà.

Il marito dopo l'attivazione del codice può reclamare l'educazione de' figlj, benchè provvisoriamente affidata alla moglie dai cessati tribunali durante la pendenza di nullità di matrimonio, e quantunque, cessata quella pendenza, continui fra conjugi un arbitraria separazione.

Codice Napoleone art. 373.

Simeone Contarini nel 1798 spiega una domanda di nullità di matrimonio per difetto di consenso contro la propria moglie Giuseppa Taglioni. Con giudiziale autorizzazione la Taglioni lascia la casa maritale, e seco porta l'unico figlio. Il giudizio non è spinto alla sua ultimazione dall'attore marito, ed invece i due conjugi, stando sempre separati, incessantemente controvertono sulla quantità della pensione, che per la madre, e figlio dovevasi corrispondere.

Promulgato il codice Napoleone, Contarini cita la moglie, perchè abbia a lasciare a lui solo la cura della educazione, e che a tal effetto debba es-

sere riconosciuto dal provveditore del liceo, dove il figlio era stato collocato; dichiarando, che non intendesi con ciò di escludere la madre da quegli ufficj che pei vincoli del sangue è in facoltà di usare al figlio. I diritti di paternità luminosamente stabiliti dal codice stesso all'articolo 373 nella sola persona del padre, sono il motivo cui appoggiasi la domanda.

Difendevasi la moglie, adducendo, che per causa del marito era avvenuta la separazione, la quale si continuava unicamente per lui; che la nuova legge dava al marito questo diritto nel caso della convivenza, alla quale avendo esso volontariamente rinunciato, non poteva allegare nemmeno le relative disposizioni.

Il sostituto del regio procurator generale presso la corte dell'Adriatico, concluse a favore dell'intimata

Sentenza testuale

della corte dell' Adriatico del giorno 19 febbrajo 1808.

Considerando che l'attore, sebbene sia stata pronunciata la validità del suo matrimonio di cui egli aveva provocata la nullità, continua a vivere separato dalla propria moglie senza voler ristabilire il conjugale convivio;

Che una tale separazione non auspicata dalle autorità competenti, è determinata soltanto dalla di lui volontà;

E che lo stato di questi conjugi è sconosciuto alle leggi, mentre non può riconoscersi nè come

maritale convivio, nè come divorzio, nè come legale separazione,

Considerando che le competenti autorità del cessato governo affidarono alle cure materne la custodia, ed educazione del loro unico figliuolo,

Che dopo confermato il matrimonio dalla definitiva sentenza ecclesiastica in onta ai tentativi dell' attore, non si è mai desso voluto costituire in quello stato legale, che autorizzarlo poteva all' esercizio di ogni diritto nascente dal matrimonio,

Che dopo molti anni di questo abbandono che fa l' attore della propria moglie e figliuolo, avendo proposto con formale petizione al cessato tribunale di prima istanza, che gli dovesse essere consegnato il figlio, ed essendosi difesa la rea convenuta, ha trovato di dover recedere da tale pretesa,

Considerando che l'educazione del figlio, come fu sempre, è anche attualmente assicurata dalla collocazione che la madre rea convenuta fece del medesimo nel liceo convitto,

Che l'attore quando vogliasi costituire in istato di conjugale convivio, o di legale separazione, potrà usare di ogni suo diritto, e sarà salvo ciò ch'è di ragione, e di legge a norma delle circostanze, e dei casi; e che quindi non può l' attore nel presente stato di cose reclamare i diritti nascenti da un matrimonio, di cui egli nè rispetta l' unione, nè legalmente la separazione promove.

La corte di giustizia civile, e criminale del dipartimento dell' Adriatico rigetta la domanda della parte attrice, e la dichiara non ammissibile nel presente stato di cose.

Appellando Contarini riflette, che l' autorizzazione giudiziale data alla moglie per la educazione del figlio, non era che provvisoria. Abbandonata la causa di nullità di matrimonio, cessa ogni suo effetto.

Non evvi nel codice alcuna disposizione coattiva per un marito di cercare la convivenza della moglie. L' articolo 373 senz' alcuna distinzione di casi, dispone in via regolamentare che, durante il matrimonio, desso ha l' esercizio della patria podestà.

La nuova legge non deve avere alcuna dilazione per l' esercizio di tutti quei diritti, che si chiamano rappresentanza di persona. All'atto della sua pubblicazione, gli oggetti di tutela, di matrimonio, d' interdizione, e tali altri, non possono più regolarsi colle leggi antecedenti.

Se volesse indursi un diritto dal lungo tempo decorso di separazione, questo cesserebbe col sopravvenire del nuovo codice, il quale investendo esclusivamente il marito della patria podestà, proibisce all' articolo 1388 di stipulare in modo, che questa prerogativa possa essere offesa.

Diceva l' appellata Taglioni, che l' art. 203 del codice, concede ad ambidue i conjugi indistintamente la educazione; che per vendicare a favore del marito la disposizione dell' art. 373 il marito deve ancora adempierne tutti i doveri; che esso, dopo il decreto dei tribunali che affidarono a lei l'educazione del figlio, ricusandosi alla convivenza, non può riclamare quella legge, di cui si fa in tal modo contravventore; che l' art. 302 ordinan-

do, che in caso di divorzio la cura dei figli debba stare presso il conjuge che ha ottenuto il divorzio, per analogia di ragione questa disposizione deve favorire un'abbandonata consorte, lasciandole almeno la pietosa cura di educare il frutto della mal assortita unione.

Il sostituto al regio procurator generale presso la corte d'appello concluse per la riforma

Decisione testuale

della corte d'appello del giorno 7 aprile 1808.

Considerando che il matrimonio fra le parti contendenti è in uno stato di legale sussistenza, malgrado che illegittimamente da più anni esse conducano una vita separata;

Considerando che per la disposizione letterale dell' articolo 373 del codice civile, il solo padre durante il matrimonio esercita l' autorità sopra i figli che non sieno giunti all'età maggiore, come non lo è quello che forma il soggetto della presente controversia;

Considerando che quindi la cura, e l'educazione de'figli minori, durante il matrimonio, spettano al solo padre, e che i casi ne'quali possa la madre durante il matrimonio esercitare questo paterno diritto, sono espressamente dichiarati negli articoli 141, e 280 dello stesso codice, in assenza cioè del padre, o quando, pendente la lite di divorzio per reciproco consenso, sieno i figli per convenzione fra' conjugi, affidati alla madre;

Considerando, che questi due casi, sono estranei ai conjugi litiganti;

Considerando che quantunque si potesse ritenere giustificato, che l'illegittima separazione dei medesimi conjugi procede dal marito, e che questa sua mancanza ad uno de' principali doveri conjugali potesse anche influire nell'esercizio sulla moglie di determinati corrispondenti diritti nascenti dal matrimonio, non potrebbe mai sospendere l'esercizio della patria potestà sul figlio;

Considerando che il codice civile deve operare dalla sua promulgazione per quanto riguarda lo stato delle persone, e così anco per determinare i diritti di patria potestà;

Considerando che perciò l'esercizio a norma dello stesso codice dei diritti di patria potestà, non può essere alla parte appellante impedito dagli atti che hanno preceduto sotto una diversa legislazione, mercè i quali venne il figlio interinalmente affidato all'appellata;

Considerando che però un tale esercizio di patria potestà non esclude quello degli ufficj, che pegli stretti vincoli di sangue la madre è in facoltà di usare verso il figlio; e che anzi è a ciò diretta la dichiarazione fatta dallo stesso appellante nell'atto di citazione dei ventisei prossimo passato novembre,

La corte ammette l'appellazione, e riformando la sentenza pronunciata nel giorno 19 scorso febbrajo della corte civile, e criminale del dipartimento dell' Adriatico, decreta

Competere il diritto all'attore appellante di farsi riconoscere dal provveditore del liceo convitto di questa città di Venezia, come padre di Gio-

Battista Contarini già annoverato nel ruolo de'convittori paganti nel liceo medesimo, prendendosi ogni interesse perchè a sue spese niente abbia a mancare allo stesso figlio, riguardo tanto alla pensione, quanto ad ogni altro bisogno, e senza che perciò rimanga esclusa l' appellata dall' esercizio verso il figlio de'materni di lei ufficj anche a norma della dichiarazione fatta dall' appellante nell' atto di citazione.

Sezione Prima.

IV.

Divorzio pendente - Figli in età tenera - Madre - Padre.

1.° Pendente la causa di divorzio, i figli in tenera età ch'erano già presso la madre separata di fatto dal marito, e passata a conviver colla madre sua, restano affidati alla custodia di lei, piuttostocchè del marito, il quale per la sua situazione non può tenerne egual buona cura.

2.° L'istanza della madre, dietro alla quale può il tribunale a lei concedere la cura provvisionale de' figli, s'intende fatta anche coll' appellazione da essa interposta contro la sentenza di prima istanza seguita sopra ricorso del marito: nella circostanza che i figli in fatto esistano presso la madre, e ch'essa non sia stata ascoltata dal tribunale di prima istanza sul ricorso medesimo.

Codice Civile art. 267, 371, 372, 373.

Teresa Monico moglie di Domenico Quadri staccatasi dalla casa maritale, conduce seco quattro teneri figli, e seco trasporta alcuni effetti. Il

marito instituisce procedura di divorzio per causa determinata contro di lei; poscia producesi con petizione alla corte di giustizia del Bacchiglione, e reclama la restituzione de' figli, e la riconsegna delle cose asportate. Essa corte sul solo ricorso del Quadri, senz'ascoltar la donna, segna nel giorno 25 febbrajo 1808 la seguente

DECISION TESTUALE

Considerando 1.° Che pende causa di divorzio promossa del ricorrente Domenico Quadri al confronto della di lui moglie Teresa Monico,

2.° Essere prescritto dall' artic. 267 del Codice Napoleone che in pendenza di tale lite la cura provvisionale de' figli rimarrà presso il marito attore o convenuto, a meno che non venga altrimenti ordinato sull' istanza della madre, della famiglia, o del regio procuratore,

3.° Che fino di presente non comparisce taluna di dette instanze inducenti una disposizione diversa da quella dalla legge in massima ritenuta,

4.° Che d'altronde non è comprovato che gli effetti reclamati sieno di proprietà dell' attore; che se fosse comprovato, non sono liquidati quelli i quali debbono esser immediatamente necessarj alla convenuta; e che in qualunque caso senza previo regolare di lei ascolto e difesa sarebbe ingiusto spogliarla indiminutamente degli effetti suddetti,

La corte giudicando ha deliberato che rimarrà presso l' attore Domenico Quadri, in pendenza di lite per divorzio, la cura provvisionale delli di

lui figliuoli; e quindi ha ordinato a Teresa Monico di loro madre il doverli consegnare in un alli di loro vestiti all'istante marito e padre rispettivo; ed ha inoltre rigettato la domanda del suddetto attore Domenico Quadri in quanto alla domandata consegna degli effetti, relativamente ai quali, in modo regolare e dietro ascolto, avranno successivamente luogo le conferenti deliberazioni.

Si appella Teresa contro a questa sentenza. Tocca al giudice il determinare, dic' ella, a qual dei due genitori, pendente il divorzio, debbano affidarsi i figli, avendo in vista il loro maggior vantaggio. In questo confronto di merito concentrar l'esame dovendosi, ben presto si scorge nel caso presente che d' una parte il marito, sarte di professione, in casa sua non ha donna alcuna, e perciò offre di rinvenir una mercenaria fantesca che della cura di questi fanciulli s' incarichi: dall' altra parte la moglie accasatasi colla madre prestar può loro una tenera assidua e cordiale assistenza. Il marito è uomo che facilmente si abbandona ai trasporti dell' ira, che si fa giuoco della religione, che passa giorni e notti nelle taverne. La moglie all' incontro tiene un' irreprensibil condotta. Finalmente essendo il marito quegli che provoca il divorzio, apresi l'adito ad applicar anche il diritto comune, il quale alla novella 117 cap. 7 dispone che *si pater occasionem separationis prębeat, apud matrem nutriantur filii.*

Ma quale superstiziosa intelligenza della legge non è quella (proseguì essa parlando in ordine) per cui si vorrebbe togliermi i figli? Mi si oppone

ch' io non feci *istanza* per averli, e che soltanto ove la madre abbia fatta una tale *istanza* l' articolo 267 del codice permette al giudice di concederli alla madre. Quale istanza far io doveva? *Frustra petis quod habes*. I figli erano meco: come poteva io mai domandarli? La legge così dispose nel supposto che i figli restati fossero nella casa conjugale presso al marito. Nel mio caso, non si verificando il supposto, non poteva esigersi l' estremo dell' istanza. Sennonchè se pur il tribunale necessaria credeva la mia instanza, dovea sentirmi sul ricorso che gli presentò il marito, ed avuta l' avrebbe nella mia eccezione ben tosto. Il male dunque consiste nell' essersi pronunciata, me inudita, quella sentenza di cui chieggo riforma.

L' appellato nel sostenere la favorevole sentenza ricordò il prevalente diritto per la custodia de' figli accordato al padre dagli articoli 371, 372, 373 del codice Napoleone. Accusò la condotta della moglie, mettendo a campo i motivi a' quali appoggiata avea la domanda di divorzio, e sostenendo che con quelli essa appunto e non egli *occasionem separationis præbuit*: perlocchè sottentrar dovrebbe l' altra disposizione della citata novella. *Si per causam matris ostendatur solutum matrimonium, tunc apud patrem maneant filii*. Disse finalmente che il poter la madre tener buona cura de' figli, non induce la conseguenza che a lei confidar si debbano: mentre può tenerne buona cura anche il padre, ed egli certamente è pronto a dirigersi a questo fine con tutt' i mezzi possibili. Chiuse riflettendo essere stata arbitraria ed illegale la condotta

della madre tanto nell'allontanarsi dalla casa conjugale, quanto nel tradur seco que' figli che la legge al padre confida, e che soltanto da un decreto del tribunale, dietro apposita istanza della madre, e dietro piena cognizione di causa, gli ponno esser tolti.

La Corte d'appello nella seduta 17 maggio 1808, dietro le conclusioni del signor Lunghi sostituto al regio procuratore generale, il quale domandò la conferma della sentenza appellata, rese la seguente

SENTENZA TESTUALE.

Considerando che, quantunque (a termini degli articoli 371, 372, 373 del codice Napoleone) durante il matrimonio la patria podestà sui figli venga esercitata dal solo padre, nonostante per l'articolo 267, pendente la lite del divorzio è dichiarato che la cura provvisionale rimarrà presso il marito attore, o convenuto, a meno che non venga altrimenti ordinato dal tribunale sull'istanza della madre, o della famiglia, o del regio procuratore, pel vantaggio maggiore de' figli,

Considerando che al tempo della sentenza 25 febbrajo della corte di giustizia del Bacchiglione i figli Quadri erano presso la madre separata di fatto dal marito fino dalli 3 ottobre, nè può esser imputata di non aver fatta istanza per ritenerli, mentre non era legalmente avvertita che il marito volesse riaverli presso di se,

Considerando che coll'appellazione dalla det-

ta sentenza interposta da Teresa Monico, ella fa istanza, che, pendente la causa di divorzio, i quattro figli debbano continuar a rimanere in di lei custodia a senso del detto articolo 267, che in caso d'istanza della madre contempla il maggior vantaggio de' figlj,

Considerando che nella tenera età dei detti figli, il maggiore de' quali è una fanciulla di anni dieci circa, e gli altri sono, uno d'anni sette circa, l'altro d'anni quattro circa, ed il quarto di mesi dieciotto circa, è manifesto essere maggior vantaggio de' figli il rimanere sotto la cura e custodia della madre, che coabita colla madre sua, avola dei medesimi, di quello che del padre, sarte di professione, che confessa essere costretto d'affidarli alla cura d'una servente, che si offre di prender a suo servizio,

La Corte ammette l'appellazione, revoca la sentenza 21 febbrajo passato della corte del Bacchiglione, e, pronunciando sul merito, decreta che, pendente la causa di divorzio tra Domenico Quadri e Teresa Monico sua moglie, i loro quattro teneri figlj continuino a rimaner in custodia della madre, salvi sempre i diritti della patria potestà.

Sezion Prima.

V.

Alimenti - separazione di fatto fra due conjugi - conjugi.

Fra due conjugi che vivono separati senza legittima autorizzazione, il giudice non pronuncia sopra questioni d'alimenti sennonchè provvisoriamente nel caso che vi sia pendenza per la riunione o separazione legale.

Codice civile art. 209.

Vittorioso Simeone Contarini in un antecedente giudizio (*) in cui aveva egli reclamata l'educazion e la cura dell' unico suo figlio in confronto della propria moglie Giuseppina Taglioni, dalla quale viveva egli illegalmente diviso, asserendo essersi le sue sostanze notabilmente diminuite, domandò l' adeguata riduzione di quel lauto trattamento che i tribunali costituiti in Venezia dal governo Austriaco aveano fissato alla moglie suddetta allorchè per la causa di nullità di matri-

(*) *Se ne vegga la redazione al N.° III, pagina 19.*

monio incoata nel foro ecclesiastico secondo i riti in quell' epoca osservati, essa abbandonò la casa maritale. Ricercò a tale oggetto che col mezzo di periti da nominarsi in concorso dell' intimata, fosse appunto verificato lo stato delle sue sostanze.

Difendevasi la moglie, dicendo che l' assegno erale stato fatto dai tribunali in occasione che il marito le avea recata ingiustissima molestia coll' intentar lo scioglimento del matrimonio. Che avendola egli abbandonata, e non essendosi indotto a riprendere la marital convivenza neppure dopo l' attivazion del codice Napoleone nessun diritto vantar poteva onde ottener minorazione dell' assegno stesso: poichè siccome il Codice suppone i conjugi sempre o congiunti, od in istato di separazione legittima, così non poteva a suo beneficio implorarne le disposizioni quel conjuge che capricciosamente si è separato. Che finalmente in qualunque ipotesi non poteva la moglie esser costretta a concorrere per formare a proprio danno la prova della minorazione dello stato del marito, il quale ha come attore il dovere di presentarla da se solo completa.

Portata questa causa alla corte di giustizia dell'Adriatico, presso a cui il sostituto al regio procurator generale conchiuse in favore della intimata, fu da quella nel giorno 4 marzo 1808 proferita la seguente

Sentenza testuale.

Considerando risultare dagli atti della presente causa.

Primo. Che il marito attore, e la moglie rea convenuta vivono illegalmente separati:

Secondo. Che il marito si è sempre dimostrato alieno dall'accoglierla nella propria casa;

Terzo. Che nemmeno in giudizio offre alla stessa la conjugale riunione; dal che emerge quanto certo il fatto della loro illegittima separazione, altrettanto evidente, che questa dipende dalla volontà dell' attore,

Considerando che, sconosciuta essendo alle leggi vigenti questa situazione delle parti, non potrebbe il giudice rendere ragione alla parte attrice, senza in qualche forma autorizzare la situazione medesima,

Considerando, che quand' anche fosse dall'attore proponibile la riduzione dell'alimento, egli non potrebbe farlo, se non che provando di ritrovarsi negli estremi portati dall' art. 209, e che per conseguenza non istà in ragione, nè in legge che egli pretenda di obbligare la rea convenuta ad unirsi a lui in un' operazione che potrebbe riuscire inutile, e nella quale essa non può venire costretta a prendere veruna ingerenza,

La camera prima civile della corte di giustizia civile, e criminale del dipartimento dell'Adriatico rigetta la domanda della parte attrice, e la condanna nelle spese.

Si è gravato Contarini contro la sentenza. Non avvi nel codice una prescrizione, diss' egli, che vieti di conoscere sulla riduzione degli alimenti quando trattisi di conjugi soltanto volontariamente separati.

L' articolo 209 in maniera generica dà il diritto alla riduzione, quando lo stato dell' alimentante più non possa sopportarne il peso.

La verificazione dello stato da farsi col mezzo dei periti in concorso della intimata, era il mezzo più facile ed il più sicuro per il comune interesse, e non doveva quindi essere rigettato.

L' appellata, rispose dichiarando, d' esser pronta a riunirsi col marito, purchè esso adempia i relativi doveri, e massime quelli segnati dall' articolo 214, ma ritenne che invece, rifiutandosi esso alla convivenza, non è mai in quella situazione, che dalla generale disposizione dell' articolo 209 viene supposta. quindi conchiuse, che, non trovandosi per unico di lui fatto, nè in convivenza maritale, nè in legale separazione, i tribunali non possono prendere alcuna cognizione sulla domanda; sicchè l' assegno statole in addietro fatto giudizialmente deve continuare ancora nel pieno suo adempimento.

La Corte d'appello sulle conformi conclusioni del suo regio procurator generale sostituto, nel giorno 14 giugno 1808, pronunciò la seguente

Decisione testuale.

Considerando, che la legge non riconosce tra due conjugi altro stato, che quello di maritale convivenza o di separazione autorizzata dal giudice, e perciò alcun tribunale non può render ragione sopra questioni di alimenti tra due conjugi, i quali vivono separati senza veruna autorizzazione, salvo il caso che vi fosse pendenza tra loro sopra la legale riunione, o la legale separazione.

Considerando, che i due conjugi Contarini vivono separati senza veruna legittima autorizzazione, che non v'è tra loro alcuna pendenza, nè per la riunione in convivenza maritale, nè per la legittima separazione,

La corte rigetta l'appellazione, e decreta che la sentenza 4 marzo 1808 della corte di giustizia dell'Adriatico che rigettò la domanda della parte attrice riportar debba la sua esecuzione.

Sezione prima.

VI.

Alimenti (accrescimento di) - Padre - Figlio.

Il figlio ammogliato con figli, e separato dalla famiglia del padre, può, accrescendosi i di lui bisogni, domandare un accrescimento della prestazione alimentare dapprima convenuta.

Codice civile articoli 208 209.

Giambattista Redetti, già Veneto patrizio, maritate quattro figlie, diede nell'anno 1797 al suo unico figlio maschio in isposa Cecilia Valmara-

na, parimenti di patrizia famiglia, ricevendone in dote quarantamila ducati.

Da questo matrimonio erano nati tre figli quando nell'anno 1798 cominciarono tra padre e figlio i litigj.

Margherita Baglioni, madre già di Gio: Battista Redetti, ed ava di Marco, aveva nell'anno 1785 assoggettata a fedecommesso la sua dote in somma di ventiquattro mila ducati, lasciandone primi eredi Antonio e Francesco Redetti altri suoi figli, sorpassandone il detto Gio: Battista, e sostituendo a quelli i di lei nipoti maschj della casa Redetti in perpetuo, ed a questi i maschj discendenti da due di lei figlie.

Premorto Francesco, Giambattista qual tutore e curatore del vivente fratello Antonio imbecille aveva nell'anno 1794 realizzate le azioni dotali sopra altrettanti beni stabili destinati a rappresentare il fedecommesso:

Ma Antonio morì correndo l'anno 1797, quando per le disposizioni di quel transitorio governo ritenevansi aboliti i fedecommessi; e però Giambattista, fattosi libero erede del fratello escludendo suo figlio, che avrebbe dovuto essere il sostituto al fedecommesso, ottenne il possesso per titolo di successione intestata di tutti que' beni ch' erano stati applicati alle azioni di Margherita.

Il valore però di quelle chiamate democratiche disposizioni era stato bentosto annullato da decreti Austriaci; sicchè potevasi porre a questione se anche questo fedecommesso fosse risorto.

Di qua appunto prese Marco le prime sue mosse.

La già nata prole, e quella che stava per nascere, gli diede occasione di querelarsi con iscrittura estragiudiziale della tenuità delle mesate contribuite dal padre a lui, ed alla moglie; lo richiamò a fargli ragione sul fedecommesso dell'ava, che pretendeva dovuto a lui; e lo invitò ad accrescergli le mesate in proporzione dello stato famigliare, ch'egli vantava dovizioso, ed avuto riguardo alla condizione ed alla dote della moglie, a cui conveniva un più splendido trattamento.

Se ne difese il padre, opponendo anzi le sue ristrettezze attesi gl'immensi esborsi strappatigli dalle vicende de' tempi; e quanto al preteso fedecommesso negò al figlio ogni azione.

Fu allora istituita dal figlio una causa formale sul punto di cotesto fedecommesso; ma questa poi terminò con transazione 7 ottobre 1798 sopra ogni punto, in vista della quale il figlio solennemente recedette dalla promossa questione sul fedecommesso.

Conteneva questa convenzione la promessa del padre di dare al figlio tra generi e contanti un'annua somma di venete lire 24000, sono italiane lire 12280 : 29 : 6; l'uso di due palazzi ammobigliati uno in Venezia, l'altro fuori; la consegna d'argenterie, ori, e gioje ad uso ed ornamento di lui e della moglie; e la concorde separazione di domicilio.

Erasi in oltre convenuto che al caso di sopravvegnente diminuzione dello stato paterno dovesse aver luogo un equo e conveniente degrado sul fatto assegnamento, in vista di che chiamavasi il figlio nello stato attuale delle cose pienamente contento,

e stanti le cose stesse come stavano, rinunciava a qualunque altra azione dapprima spiegata, promettendo di nulla mai più pretendere.

Due anni tranquillamente trascorsero, quando una speculazione di fronte alle smisurate imposizioni che pesavano su' fondi del Polesine, dov'erano tutti i possedimenti della famiglia Redetti, suggerì al padre di emancipar il figlio il dì 1 decembre 1808, e di dargli un' apparente assegnazione in conto di legittima di lire 15700 di rendita da ritrarsi da una corrispondente porzione di beni di molto maggior quantità situati alle Beverare, ed alla Tassina nel territorio di Rovigo.

Dicesi apparente; poichè con altra privata carta del giorno stesso, enunciandosi il motivo di siffatta emancipazione, raffermarono anzi le parti che non sarebbe perciò alterata la convenzione 7 ottobre 1798.

Questo figlio così emancipato si fece bentosto in contravvenzione del convenuto indurre al possesso di tutto il corpo di que'beni, da una sola parte de' quali, se il configurato assegnamento fosse stato reale, avrebbe dovuto ritrarlo; e spogliò in tal forma il padre di una rendita di lire 40000.

Ecco pertanto il soggetto d' una nuova questione. Il padre domanda il taglio dell' istromento di emancipazione nella parte dell'assegnazione della rendita di lire 15700, e quindi degli atti possessorj e di spoglio. Il figlio dopo lungo contrasto rimove finalmente ogni sua difesa; e lauda giudizialmente la petizione del padre; ma nel giorno stesso con altra petizione propone in giudizio compromis-

sario il taglio della prima convenzione 7 ottobre 1798, e di ogni posteriore suo assenso, pretendendo che l' assegnazione alimentare con essa fissata non sia bastante alle attuali sue circostanze.

La sentenza confidenziale fu contraria al figlio, ed egli ne interpose appello.

Ma la decisione nè fu sospesa da nuova convenzione 2 aprile 1803, con cui il figlio laudò la da lui appellata sentenza, e con essa la convenzione 7 ottobre 1798, ch'egli dichiarò per tal modo dover rimanere nel suo pieno vigore.

Con questo accordo però, tenuta ferma, quanto alla massima e alle misure dell'assegnata prestazione, la convenzione 7 ottobre 1798, si convenne che alle contribuzioni in generi e contanti con quella fissate, si sostituissero beni di equivalente rendita; e furono infatti dal padre assegnati specificamente beni per la rendita giustificata dalle affittanze di venete lire 31074.

Con quest' assegnazione però tutti gli aggravj di qualsisia sorta restarono a peso del figlio, e fu dichiarato che gli si dava tanto più della somma dapprima stabilita appunto perchè qualunque evenienza avesse ad essere per lui solo sì in bene che in male; al qual oggetto, e perchè non potesse mai più il figlio spiegare pretesa alcuna, ed irretrattabile fosse quella convenzione, dovevansi determinare tutti codesti aggravj, sicchè non vi fosse mai luogo a reclamo per causa d'inscienza, o altra qualunque.

Accordò pure con questa il padre che potesse il figlio prendere a censo per sue urgenti occorrenze

ducati 2000 ipotecando tanti de' fondi assegnati; ma con proibizione di venderne o ipotecarne altri senza l'espresso suo assenso, dichiarando anzi in caso di contravvenzione nulli e caduchi i contratti, e tutti a peso e danno dell' acquirente.

Questa convenzione dalle parti sottoscritta ebbe esecuzione fin al dì 27 ottobre 1808, in cui promosse il figlio con altra sua citazione avanti la corte di giustizia del dipartimento dell'Adriat. il presente giudizio.

Ebbe questa per oggetto di far "condannare il
„ padre al pagamento a titolo di alimenti di lire
„ 19000:1 all' anno coll' assegno di una rendita
„ corrispondente alla somma stessa esigibile dai di
„ lui affittuali o livellarj netta da qualunque aggra-
„ vio, onde possa l'istante provvedere al proprio
„ conveniente mantenimento non che della moglie,
„ e di sette figli, ed alla di loro educazione, e ciò
„ col taglio delle due convenzioni 7 ottobre 1798,
„ e 2 aprile 1803 seguite in circostanze diverse
„ dalle presenti, essendosi in progresso notabil-
„ mente accresciuti i di lui pesi, e già per se me-
„ desime affatto invalide e nulle anche per espres-
„ sa disposizione delle leggi stante l'argomento
„ speciosissimo e privilegiato di cui si tratta; di-
„ chiarandosi pronto l'istante di rinunziare a li-
„ bera disposizione del padre i beni ad esso asse-
„ gnati colla convenzione 2 aprile 1803, e con al-
„ tra dichiarazione d'esser pronto a ritornare as-
„ sieme colla moglie e figli nella casa paterna, nel
„ qual caso sarà il padre sollevato dalla contribu-
„ zione alimentare come sopra richiesta."

Partendo dal fatto indicava l'attore che se nell'anno 1803, quando dopo la prima convenzione gli si era accresciuto il numero de' figli sino a sette, aveva il di lui padre riconosciuto giusto un accrescimento, ciò tanto più divenivagli allora necessario che un altro figlio era soppravvenuto; che la insufficienza del fissato alimento era dimostrata dall'aver dovuto coll'assenso del padre stesso prendere a censo 2000 ducati, e far anche delle alienazioni di alcuno de'fondi assegnatigli; che l'aumento delle pubbliche imposte, e qualche decrescimento nelle affittanze avevano ridotta la rendita dapprima calcolata in lire 15500 a lire 10000 a un dipresso; che il padre era tuttavia possessore di una rendita di lire 74000 col solo peso di sè e della moglie; che però conveniente era la somma delle domandate lire 19000.

E tanto più pareva ciò giusto all' attore quanto che il padre fautore del matrimonio aveva ricevuta la dote della nuora di duc. 40000, il cui pro calcolato al cinque per cento darebbe ducati 2000 sono lire 6344:81, e che deteneva la dote dell'ava Margherita Baglioni già realizzata, la quale per fedecommesso avrebbe dovuto spettare all'attore, e la cui rendita egli la calcolava lire 29560 circa.

Gli alimenti ricevono la misura dai bisogni di chi li riceve, e dalla sostanza di chi deve darli. Se il padre avevasi nella convenzione 1798 riservato di poterli diminuire allo scemarsi del di lui stato, perchè una pari ragione non darà al figlio il diritto di chiederne accrescimento mentre sonosi diminui-

te le rendite ad esso assegnate, e sonosi accresciuti i di lui bisogni?

Oltre il codice Napoleone art. 208, 209, allegava la legge 5; §. 19 ff. de agn. & al. lib. *pro modo facultatam alimenta constituuntur* e la legge 3 *§. ult. ff. ubi pupil. educ. vel mor. deb. Et si forte post decreta alimenta ad egestatem fuerit pupillus perductus, deminui debent quæ decreta sunt; quemadmodum solent augeri si quid patrimonio accesserit.* Alla qual legge soggiungeva l'autorità del Voet a questo titolo: *Hinc si post constitutum certum alimentorum modum habita patrimonii ratione, illud postea deminutum fuerit, deminuenda quoque alimenta essent, uti versa vice augeri possent eodem accrescente.*

E per togliere l'ostacolo delle reiterate transazioni, ricorreva alla legge 8 ff. le div. reg. jur. *Jura sanguinis nullo jure civili dirimi possunt*, alla legge 8 *ff. de transact. Divus Marcus oratione in senatu recitata effecit: non aliter alimentorum transactio rata esset quam si auctore prætore facta §. 17. Si prætor aditus citra causæ cognitionem transigi permiserit, transactio nullius erit momenti; prætori enim ea res quærenda commissa est, non donanda. Sed & si non de omnibus inquisierit quæ oratio mandat, hoc est de causa de modo de personis transigentium, dicendum est, quamvis de quibusdam quæsierit, transactionem esse irritam.*

Per dimostrar poi che l'alimento era dovuto dal padre non solo al figlio, ma altresì a' costui figli, e che perciò il numero di questi accresciuto

giustificava la nuova domanda, appoggiavasi egli alla legge 5 ff. de agnosc. & al. liber. vel par. *Non tantum alimenta, verum etiam cætera quoque onera liberorum patrem ab judice cogi præbere, rescriptis continetur.*

Ed aggiungeva l'autorità del Richeri lib. 1. tit. 7. *Quod de patris munere diximus ut congrua filio suppeditet alimenta, etiam ad ejus uxorem & liberos est porrigendum. Cum enim rescriptum sit patrem, filio non alimenta tantum sed & subsidia quibus quæcumque onera ferat præstare debere, maxime autem sit onus uxor, & familia, equum omnino est ut in his pater filio prospiciat.*

Ma opponeva in prima il padre l'autorità delle transazioni giudizialmente dal figlio impugnate, indi da esso lui con altre giudiziali irretrattabili convenzioni ratificate.

Pari essere l'autorità della cosa giudicata, e delle transazioni solenni.

Emancipato il figlio e padre di famiglia, se poteva promovere la lite intorno alla misura degli alimenti, poteva del pari transigere; nè fra i motivi di rescindere una transazione, annovera certamente il codice Napoleone quello dell'essersi transatto fra padre e figlio degli alimenti.

Qual sarebbe infatti il destino de' padri se coi loro figli emancipati non potessero mai contrattare per assicurarsi della misura degli alimenti?

I nuovi pesi, che vanta questo figlio, furono appunto calcolati nell'ultima transazione 1803, ed a quest'oggetto gli fu accresciuto l'assegnamento.

Quanto alla diminuzione di questo per affit-

tanze degradate, o per accresciute imposizioni, lo stesso deve dirsi del patrimonio restato al padre.

Dimostrò egli con un quadro dello stato suo che il passivo era di ducati circa 140000; e che la rendita a lui restata era di sole lire 16200 a un dipresso.

Dimostrò le innumerevoli liti nelle quali era involto, e le gravissime prestazioni e danni a'quali le vicende di guerra avevanlo esposto; sicchè concludeva ritrovarsi lui padre ottuagenario, e colla moglie coeva, in circostanze più ristrette del figlio.

Non avere il figlio diritto di chiamar a conti il padre, che finalmente è libero disponitore delle sue facoltà; nè potersi far calcolo sulle azioni dell'ava, o sulla dote della moglie non ricevuta che in parte, mentre tuttociò era stato calcolato nelle transazioni precorse.

Studiavasi ciascuna delle parti, una di esagerare, l'altra di restringere la famigliar facoltà, e ne producevano amendue i documenti.

La corte di giustizia fattasi carico di entrar nell'esame di questi conti, dal vero risultato de'quali, ritrovata ammissibile in massima la domanda, derivar doveva la convenienza della somma che domandavasi, pronunziò il dì 31 decembre 1808 la seguente

Sentenza testuale

Considerando che la questione vertente tra l'attore figlio ed il reo convenuto padre versa in

argomento di alimenti al primo competenti, e dal secondo dovuti, e che questi alimenti, così per le leggi comuni e principj generali, come per quanto è disposto dall' art. 208 del codice Napoleone, devono assegnarsi in proporzione del bisogno di chi li domanda, e delle sostanze di chi deve somministrarli,

Considerando che la domanda dell'attore figlio dedotta nella di lui citazione 27 ottobre 1808 è diretta ad ottenere a titolo d'alimenti l'annua somma netta d'ital. lire 19001, onde poter provvedere al proprio conveniente mantenimento, nonchè della dama moglie, e di sette figli, ed alla loro educazione,

Considerando che, seguito il matrimonio dell'attore figlio con piena volontà ed assenso del padre, anzi dal padre procurato e voluto, tanto più è debitore il padre di provvedere al conveniente mantenimento del figlio, della nuora, e de'figli nati e nascituri dal detto matrimonio, ed alla di loro educazione,

Considerando che a far contrasto a quest'azione del figlio non può esser valevole la carta 7 ottobre 1798, nè la posteriore 2 aprile 1803, nè qualunque altro relativo assenso, perchè l'azione di alimento è non solo un diritto di natura, e di sangue positivo e privilegiato, ma comune ancora a tutta la famiglia, cui è dovuto, e sempre per legge, e per uniformi giudizj proporzionabile secondo lo stato e bisogno rispettivo delle parti.

Considerando che tanto meno possono far contrasto dette carte quanto più risulta essere la prima

seguita in circostanze diverse anche quanto al numero de' figli, e nello stato sempre delle cose d'allora, e quanto alla seconda l'essersi resa senza effetto ed illusorio l'oggetto di aumento di alimenti con essa contemplato.

Considerando che se per la riserva voluta farsi dal padre in detta carta 7 ottobre 1798, ed in vigor del disposto dall'art. 209 del codice Napoleone, date le circostanze indicate da essa carta ed articolo, potrebbe il padre domandare una riduzione e liberazione ancora del dovuto alimento, non vi è diversa ragione che, accrescendosi al figlio i pesi dell'aderito matrimonio, o per evenienza di nuovi figli, o per ingrandimento de' medesimi, o per altro giusto e ragionevole motivo, non competa il diritto di conseguire dal padre debitore un accrescimento di rendita per provvedere rispettivamente al comune mantenimento ed educazione,

Considerando che se in questo giudizio sarebbe giusto di assolvere il convenuto dal proposto aumento alimentare semprecchè dimostrasse in fatto essere attualmente ridotto il suo attivo ad uno stato tale, in cui non potesse somministrarlo; non è poi meno giusto che l'insufficienza di questo stato non abbia ad essere legalmente provata; assurdo essendo in ragione, in legge, ed in pratica che in argomento di misura alimentare sia interdetto al figlio di far conto al padre,

Considerando che se da un canto per parte del figlio è dimostrato che la rendita attuale assegnatagli per alimento colla carta 1803 è di molto minore alla pattuita colla precedente 1798, non sono

dall'altro attendibili li due fogli prodotti dal padre e formati sett'anni sono, cioè li 6 febbrajo 1802 l'uno intitolato trassunto, l'altro foglio di passivo, che, oltre non contenere quali sono attualmente le due prime partite, non correda poi con alcuna prova le sei susseguenti indicate nelle somme di lire 4800, lire 2250, lire 3100, lire 3000, lire 7000, e lire 10000, in tutte lire 27350, venete all'anno,

Considerando che, certa la vocazione nell'attore figlio al testamento dell' ava paterna 1 gennaro 1785, è tuttavia a decidersi a chi appartengano li beni coperti dall'atto dotale 14 aprile 1794, e che appariscono affittati per annui ducati 7760 sono italiane lire 24617:90 ma che sono posseduti dal padre, presso il quale esiste pure la dote della nuora nella somma di ducati 40,000, sono italiane lire 126,896:39,

Considerando che se il figlio attore in confronto del proposto alimento dichiarò come doveva di esser pronto a rinunziare i beni ad esso assegnati colla carta 2 aprile 1803, deve questa dichiarazione riportare l'intiera sua esecuzione anche per quei compensi che fossero di giustizia dovuti al padre rapporto alle seguite alienazioni,

Considerando in fine che da tutte le cose suddette così in diritto come in fatto quantunque risulti giusta la domandata alimentare contribuzione, può nulla ostante il padre valersi dell'altra dichiarazione del figlio, e quindi sollevarsi dalla contribuzione stessa coll' accettare nella propria casa l'unico suo figlio e famiglia, dalla qual dichiarazione emerge sempre più in fatto l' incongruità ed

insufficienza dell' alimento convenuto colla carta 2 aprile 1603,

La corte di giustizia civile e criminale ammette la domanda dell' attore dedotta nella di lui citazione 27 ottobre 1808 e ripetuta nelle sue conclusioni.

Condanna quindi il reo convenuto al pagamento verso l'attore medesimo di annue lire 19001 a titolo di alimento, onde provvedere al proprio conveniente mantenimento, non che della moglie, e di sette figli, ed alla di loro educazione; e ciò col taglio delle due convenzioni 7 ottobre 1798, e 2 aprile 1803; ritenute le dichiarazioni fatte dall'attore di esser pronto a rinunziare a libera disposizione del padre i beni ad esso assegnati colla convenzione 2 aprile 1809, e d' esser pronto egualmente a ritornare insieme colla moglie e figli nella casa paterna, nel qual caso sarà il padre sollevato dalla contribuzione alimentare come sopra richiesta, compensate tra le parti le spese.

Se ne appellò il soccombente. Ripetute in diritto le stesse ragioni allegò in fatto de' nuovi documenti onde provare che le passività da esso allegate erano reali; e che d' altronde il figlio con molte alienazioni de' beni, sebbene con diversa legge assegnati, aveva di molto diminuita la porzione che in origine poteva dargli un conveniente alimento.

Ingiusta però essere la sentenza che in onta a tante convenzioni lo condannava ad una così alta ed inalterabile prestazione; e molto più ingiusta nell' ammettere un' alternativa, che dopo tanti anni di separazione, non senza giuste ragioni promos-

sa, obbligava due decrepiti genitori a ricevere presso di loro una nuova famiglia, e ritirare il già assegnato patrimonio dopocchè in gran parte era stato diminuito per sola colpa, e mala amministrazione del figlio stesso.

Oppose il figlio a queste nuove deduzioni, che a fronte de' documenti addotti la rendita paterna restava tuttavia tale da doverglisi accrescere l'alimento; ripetè le azïoni sue al fedecommesso dell'ava, ed alla dote della moglie detenuta dal padre; e sostenne che la sua dichiarazione di rientrar in famiglia, e le alienazioni da lui dovute farsi per assoluta necessità, e non senza saputa del padre, dimostravano anzi sempre più la giustizia della sua causa.

Nel giorno 16 luglio 1808 la corte d'appello pronunciò la seguente

Decisione testuale.

Considerando che gli alimenti sono dovuti dal padre al figlio in proporzione del bisogno del figlio e delle sostanze del padre, com'è disposto all'articolo 208 del codice Napoleone,

Considerando che come in forza dell'articolo 209 del detto codice quando il loro stato fosse ridotto a tale che l'uno non possa più somministrarli, e l'altro non ne abbisogni più in tutto o in parte, se ne può domandare la liberazione, e la riduzione, così per identità di ragione qualora fosse accresciuto il bisogno del figlio e lo stato del padre possa supplirvi, si può dal figlio domandarne l'aumento,

Considerando che qualunque siensi le altre azioni proprie del figlio già emancipato verso il padre o per il testamento dell'ava, o per la dote della moglie, egli non le ha esercitate nel presente giudizio, e può esercitarle in altra sede di giudizio se e come di ragione; e qualora per effetto delle medesime cessasse in tutto o in parte il bisogno del figlio, il padre potrà domandare la liberazione o la riduzione della pensione alimentare,

Considerando che, essendo certo che per l' accrescimento del numero e dell'età della prole del figlio nata all'ombra d' un matrimonio voluto dal padre, è accresciuto il bisogno del figlio da quello che poteva essere negli anni 1798 e 1803; cosicchè se non fosse fra essi convenuta la separazione del convivio, sarebbe accresciuto al padre il peso del mantenimento ed educazione della famiglia del figlio, le convenzioni altre volte seguite fra padre e figlio non possono ostare all' aumento della contribuzione alimentare in proporzione del bisogno, come non potrebbero ostare alla diminuzione nei casi dalla legge contemplati,

Considerando che non consta però che il bisogno del figlio esiga l' annua somma netta di lire 19,001 italiane ch'egli domanda; e quand'anche ciò fosse, qualora lo stato attuale del padre fosse quale il padre lo dimostra nel trassunto del suo stato attuale attivo e passivo marcato A alle pagine 156, 157 della sua stampa B cioè di lire 16274:76 nette, detratto l'assegno fatto al figlio l'anno 1803, l' aumento domandato sarebbe in enorme sproporzione colle sostanze del padre,

Considerando che dal foglio di confronto prodotto dal figlio alla Corte li 12 giugno corrente alla pagina 186, 187 della stampa da lui usata nel presente giudizio, il qual foglio confessa in gran parte il passivo indicato dal padre, e dalla qualità dell'eccezioni allegate nelle conclusioni e nelle arringhe per parte del figlio, alcune delle quali oppongono la somma e non la massima delle partite opposte, si desume che in proporzione della sostanza paterna può ammettersi un qualche aumento, ma non però tanto quanto ne domanda il figlio, senza neppur provare che tanto sia il suo bisogno,

Considerando che non potendosi in alcun caso e molto meno nel presente fissare la corrisponsione alimentare in proporzione del bisogno del figlio, e della sostanza paterna sulla base di prove precise e dimostrative; e dovendosi allontanare possibilmente le liti, e le amarezze tra padre e figlio, è dell' ufficio del giudice di procedere *ex bono & æquo* nel fissare quella prestazione che, esaminate le circostanze, crede proporzionata.

Considerando che dopo i replicati accordi, e le cose relativamente seguite, non può obbligarsi il padre a ricevere la retrocessione esibita salvi i compensi, il che d' altronde porterebbe un nuovo seminario di liti; come non può obbligarsi il padre a ricevere nuovamente in casa il figlio e la sua famiglia quando non voglia dargli tuttociò che domanda — La Corte ammette l'appellazione, e riformando la sen-

tenza 31 decembre 1808 della corte di giustizia dell'Adriatico ha giudicato che, non ostanti gli accordi seguiti e gli assensi prestati dal figlio, dovesse e debba il sig. Giambattista Redetti padre in aggiunta a quanto fu da lui confermato ed assegnato al figlio coll' accordo 1803 2 aprile contribuire al medesimo italiane lire 317:23 al mese anticipatamente, principiando dal giorno della citazione 27 ottobre 1808, e queste a titolo d'aumento di prestazione alimentare per se e sua famiglia; salvo al detto Marco di proporre contro il padre, non ostanti li detti accordi ed assensi, qualunque altra azione che credesse competergli per altri titoli se e come di ragione; e salve al padre in tal caso non solo le competenti difese, ma anche di proporre in esito del giudizio la liberazione o la riduzione dell' assegno alimentare predetto se e come di ragione. Compensate le spese attesa la qualità delle parti litiganti.

Sezione Prima.

VII.

Nullita' di Testamento - Atto di Soprascrizione - Testimoni nominati in un Testamento - Commissioni segrete in un Testamento.

1.° Non può dirsi che non siano state osservate le formalità prescritte dall'articolo 976 del codice Napoleone, perchè nell'atto di soprascrizione, dopo la firma del testatore e testimonj, il notaro abbia premesso alla propria firma l'indicazione del luogo in cui fu fatto l'atto stesso, il nome dei testimonj, ed il giuramento loro dato per il silenzio.

2.° Non è titolo di nullità il non far menzione che i testimonj sieno abitanti nel regno, e partecipi dei diritti civili.

3.° L'incarico dato dal testatore all'erede di eseguire le di lui segrete commissioni, e di ritenersi quanto sopravanzi dell'eredità, non annulla la istituzione dell'erede stesso.

Codice Civile art. 976, 980.

Antonio Bollani Veneziano trovandosi in Lucca nel marzo del 1807 fa un testamento misti-

co, come risulta dal seguente atto di soprascrizione, rogato da quel notaro Giuseppe Pera.

" Costituito avanti di me notaro, e degli in-
„ frascritti testimonj il signor Antonio Bollani,
„ quale consegna e lascia nelle mie mani per cu-
„ stodirsi questa schedula chiusa e sigillata ec.,
„ nella quale detto signor Bollani dichiara conte-
„ nersi la sua ultima volontà, e testamento fatto
„ scrivere da persona di di lui confidenza, e da
„ lui sottoscritto, ed ordina a me notaro, che se-
„ guita la morte ec. "

Seguono le firme del testatore, e di sei testimonj, i quali sottoscrissero tutti nel modo seguente:

„ Domenico Antonio del fu Marco Girolamo
„ Bertagna di Camajore fui testimonio, ec." poscia si legge *sopra le quali cose* ec.

„ Fatto e stipulato il presente atto di conse-
„ gna di questa schedula in Lucca nel palazzo Or-
„ succi situato ec. alla presenza dei soprafirmati
„ Bertagna ec., testimonj chiamati, conoscenti, e
„ giurati del silenzio come così giurarono, e giu-
„ rano ec. ed in fede

„ Io Giuseppe Pera dottore, e nodaro pubbli-
„ co collegiato nella prefettura di Lucca, ho roga-
„ to, e sottoscritto il presente atto, e vi ho appo-
„ sto il mio sigillo ".

Nel testamento poi si legge, *nomino erede residuario il signor Carlo Zambellini col dovere però di eseguire quanto a voce al medesimo è stato da me prescritto e ordinato, di modo che, eseguite anche le vocali segrete mie ordinazioni, abbia a con-*

seguire e ritenere a sua libera disposizione tutto quello, che dalla detta mia facoltà sarà per avanzargli. Instituendolo inoltre mio commissario testamentario, intendo che non debba esser tenuto mai per tempo alcuno a render conto a chicchessia del suo operato, giacchè sono certo della sua probità, e retta coscienza.

Giovanni, e Giacomo Bollani fratelli di Antonio testatore accusarono di nullità il testamento per due vizj di forma, e di solennità interna.

Nell'atto di soprascrizione, dicevano gli attori, si legge, che il testatore ha presentato una carta asserendo essere il suo testamento, ma le modalità della legge per istabilirne la validità, non furono osservate. Secondo le letterali espressioni dell'articolo 976 dovrebbe il notaro precedere colla sua firma quella dei testimonj — sarà sottoscritto dal testatore, e dal notaro unitamente ai testimonj — Ma se pur vuol permettersi che il notaro firmi dopo i testimonj, deve esservi almeno un'immediata successione. La espressione *unitamente*, non può in diverso modo essere verificata. Le firme del testatore, notaro, testimonj, dovevano chiudere, e perfezionare così l'atto di soprascrizione. Ma la firma del notaro stesso nè venne fatta prima, nè immediatamente sussegue quelle dei testimonj; dunque l'atto è mancante di un sostanziale requisito.

Proseguendo colle parole dello stesso articolo, *tutto deve essere fatto di seguito, e senza deviare ad altri atti.* Il notaro passa alla stesa di un altro atto totalmente distaccato, e diviso dal primo. Scrive, che tutto fu fatto e stipulato in Lucca ec.,

nel palazzo ec., alla presenza dei soprafirmati testimonj Bertagna ec., che firmarono ec., e poscia mette la sua firma. Non v'ha dubbio, che si riscontrano così due atti distinti. Il primo firmato dal testatore, e dai testimonj, e quindi unicamente alla loro religione affidati; il secondo ch'è la sola opera del notaro. Nessuno dei due può ritenersi valido. Non il primo, perchè mancante della firma del notaro, non il secondo perchè non presenta che un semplice rogito notarile. Non può applicarsi l'assioma *quæ ex abundantia non vitiant.* Bisognerebbe supporre, che il primo atto fosse stato legittimo, ma giammai non lo fu, perchè difettoso della firma essenziale del notaro. Il secondo non è steso in concorso del testatore, e testimonj, ma lo fa il solo notaro, il quale attestando di ciò che da prima era stato fatto illegalmente, non può servire a sanare l'incorsa nullità.

Altra violazione di forme, veniva desunta dall'articolo 980, il quale prescrive che i testimonj richiesti ad esser presenti al testamento debbano essere maschj, maggiori di età, dimoranti nel regno, e partecipi dei diritti civili.

Si firmarono i testimonj unicamente asserendo la paternità, e loro patria. Ma nè essi nè il notaro ha precisato se fossero o no maggiori, e partecipi dei diritti civili. Chi assicura, che tutti i testimonj sottoscritti abbiano queste qualità? L'atto autentico per la disposizione dell'artic. 1341 non permette, che si assuma alcuna prova nè oltre, nè contro quanto vi sia stato espresso. Per accertare se i testimonj usati nell'atto di soprascrizione siano

idonei, converrebbe far un' apposita verificazione. Ma se la legge lo vieta indistintamente nell'atto autentico, molto più nei testamenti che fra questi è il più geloso ed importante. Era dovere del notaro di indicare, che i testimonj erano di tutte le necessarie qualità forniti. La sua mancanza ha lasciato il dubbio, e la incertezza, che giammai si possono supporre in un atto, che deve essere in ogni sua parte compito, e perfezionato. Alla mancanza di alcuna delle formalità espressamente ordinate dalla legge, l'art. 1001 commina la nullità dell' atto.

Le Corti d'appello, e la Corte di Cassazione dell' Impero francese, le quali ebbero la sorte di precederci di alcuni anni nell'esecuzione del codice Napoleone, hanno sempre mostrato tutto il rigore, dichiarando nullità per la più lieve mancanza nei testamenti. E infatti questo grand' atto di potenza che esercita l'uomo in un tempo, che più non esiste, tale si presenta per la formalità, di cui la legge lo ha rivestito. Il mancare alle formalità è violare, è distruggere quella legge, che sola gli dava vigore.

Dicevano gli attori Bollani pel vizio di solennità interna, che Carlo Zambellini era istituito erede, ma col dovere di eseguire quanto a voce eragli dal testatore stato ordinato, lasciando a sua disposizione quello soltanto che potesse sopravanzare.

Dopo che colla prima parte dell' artic. 896 si aboliva ogni sostituzione, ben comprese il legislatore con quanta facilità poteva essere frodata questa sua regolamentare prescrizione. Vi aggiunse perciò *che qualunque disposizione, colla quale il*

donatario , l' erede , e il legatario sarà incaricato di conservare , e restituire ad una terza persona , sarà nulla anche riguardo all' erede istituito, ed al legatario.

Con queste ordinazioni del testatore l'erede potrebbe essere incaricato di restituire dopo la di lui morte, o ad un determinato tempo, tutta, o parte della sostanza ad altra persona. Il codice Napoleone ha voluto sciolte le eredità da qualunque legame di conservazione, e non importa che questa sia o non sia stata indicata nel testamento. Il passaggio di tutta o di parte della eredità dopo di essere stata goduta dal primo istituito fu il vero oggetto della proibizione. Il modo con cui è espressa la volontà del testatore può coprire la trasgressione alla legge, ed il magistrato deve dichiararne la nullità.

Ma oltre essere il testamento in opposizione all'art. 896; lo è anche all'art. 911, e se il testatore non avesse pensato a favorire delle persone incapaci, avrebbe liberamente scritte tutte le sue disposizioni. Non si avvolge nelle tenebre, e nel segreto, se non un'azione che, posta al chiaro del giorno, si manifesterebbe ingiusta. Zambellini era lo stromento delle passioni del testatore, e se l'articolo 1350 presume nulli quegli atti, che si ritengono in frode della legge, per argomento di analogia il testamento non può non essere giudicato nullo. Si aggiunga, che il testatore doveva avere una piena sicurezza, che le di lui volontà si sarebbero eseguite. Suppone dunque una previa intelligenza, una convenzione con Zambellini erede. Ed in al-

lora non è il caso di vedere in una sola, le disposizioni di più persone, il testamento cioè fatto da due persone, e quindi vietato dal letterale prescritto dall' art. 968.

Evidente questo vizio di interna solennità, deve ancora portare la conseguenza della indeclinabile nullità.

Zambellini intimato si difendeva sul primo obietto. Le formalità nel testamento mistico sono di rigore, e sacre come quelle che danno valore e sussistenza all' atto, ma la loro ommissione, o la contravvenzione deve egualmente essere dimostrata.

In questo caso l' atto di soprascrizione è quello che dalla legge è ordinato. Firme del testatore, dei testimonj, e del notaro *unitamente e di seguito* come dice l'artic. 976, tutto è stato adempito. Perchè il notaro avanti di porre la sua sottoscrizione abbia rilevato, che avevano in precedenza firmato il testatore e testimonj, e tal altra cosa insignificante vi abbia aggiunto come potrà dirsi, che non siavi unità di contesto, che la firma sua fuori della sua sede sia collocata? Non sono due atti tra loro disgunti come mal si pretende. Attestando, che furono eseguite le firme dal testatore, e testimonj, non si fa che continuare, e dare un grado di maggior perfezione all' atto. Poteva tralasciarsi, ma perchè il notaro alla di lui firma abbia fatto precedere delle cose non necessarie, ma bensì relative all' atto, non ne viene, che siavi nata interruzione, che un secondo atto indipendente dal primo siasi esteso. Le poche linee di scritturazione del notaro subito essendo susseguite dalla di lui firma, non

può dirsi che ne sia derivata quella nullità, che solo dalla mancanza della firma, dalla interruzione dell' atto deriva.

Quanto al secondo attacco. Gli è vero che nè i testimonj, nè il notaro asserirono che essi fossero maggiori, e partecipi dei diritti civili, ma quando realmente erano maggiori, e cittadini, come vuole la legge, quale titolo di nullità? Gli attori, che avevano l' interesse a mostrare che non fossero idonei, avendo ristretto le loro osservazioni sulla sola mancanza di tale indicazione nell' atto, hanno dimostrato, che nessun difetto si è in loro rilevato. E quando realmente sieno idonei, come la nullità ne potrebbe seguire? Converrebbe, che la legge obbligasse il notaro a precisare nell' atto, che abbiano i testimonj tutte le riferite qualità e ciò colla comminatoria della nullità. Il codice Napoleone non portando questa disposizione, il solo arbitrio la aggiungerebbe. Non si contravviene al codice stesso, cercando la prova se un testimonio avesse o no le qualità richieste per assistere ad un testamento. Indicandole si facilita dippiù la contraria prova, e l' accusa di falso avrebbe anche luogo. Non indicate poi, siccome la prova dell' esistenza, od inesistenza di tali qualità, è totalmente disgiunta dal testamento, anzi dipende da altri documenti preesistenti alla confezione del testamento stesso, potrà dirsi, che sia violata quella disposizione che rigetta le prove oltre, e contro l' atto autentico?

Difendevasi dalla terza accusa asserendo, che non sonovi gli estremi della sostituzione di cui all' art. 896, non la istituzione di persona incapace

di cui all' art. 911, non il testamento fatto da due persone, di cui all' art. 968 codice Napoleone.

Deve essere incaricato l' erede di *conservare*, e *restituire* ad una terza persona. Suppone dunque un antecedente possesso a favore dell' erede gravato. Ma nel caso si esprime il testatore, che abbia lo Zambellini, eseguite le *segrete sue commissioni*, a ritenersi per lui il rimanente. E' piuttosto una specie di legato, la di cui esecuzione si lascia alla religione dell'erede, ma giammai una sostituzione che suppone, che la eredità sia stata dapprima goduta dall'erede stesso.

Nè vale la presunzione avversaria, che in tal modo si copra la trasgressione della legge, favorendo una persona incapace. Quando l'erede non è persona incapace, il che non può dirsi dello Zambellini, come mai una lontana presunzione, anzi la sola possibilità potrà stabilire, che il testatore colle segrete commissioni all' erede, abbia voluto instituire una persona incapace? Benchè al testatore non sia piacciuto palesare quali erano le di lui volontà, e solo siasi confidato al suo erede, non ne viene perciò, che immancabilmente abbia a figurarsi la nascosta instituzione di persona incapace. Non è accusato Zambellini come una di quelle persone che l' articolo 911 considera come interposte, quindi non essendo esso ferito dalla legge, se pure volesse ritenersi l' intenzione del testatore di favorire col di lui mezzo una persona incapace, non potrebbe considerarsi nullo il testamento.

L' artic. 900 esprime, che si avranno per non iscritte le condizioni impossibili, e contrarie alle

leggi, ed al buon costume. Qualora pertanto si provasse, che tendeva il testatore a beneficare persona incapace, lungi dall'essere nullo l'atto, ne verrà invece che dovransi le di lui segrete disposizioni ritenere inefficaci ad obbligare l'erede per il loro adempimento, ma giammai portare la nullità dell'istituzione. Qual partito sia per prendere l'erede Zambellini, questo non porta alcuna variazione, o pregiudizio agli attori Bollani. Eseguisca, o non eseguisca la volontà del testatore, esso è l'unico arbitro; un atto che dipende dalla sola di lui libertà, non potrà mai esporlo agli effetti di un' accusa di nullità.

Provato che non siavi nè sostituzione, nè l'istituzione di persona incapace, meno può fare ostacolo l'asserzione, che siavi violazione dell'art. 968.

Conviene, che due persone congiuntamente facciano il testamento, perchè ne sorga l'azione di nullità, ma qui è il solo Bollani che deviene a quest'atto. Se prima aveva parlato, e concertato coll'erede suo non dimostra questo il testamento fatto da due persone. Rigetta la legge questa specie di testamento, perchè nell'atto più libero della vita non dovevansi riscontrare gli estremi, e le obbligazioni dei contratti, e sarebbe diventato irrevocabile un atto, che di sua natura sta sempre nella libera volontà del testatore. Questo caso è figurato dalla legge terza, titolo 15, lib. 40 ff. *vos rogo ut in eo quod a vobis petii, fidem præstetis, per que Deum ut faciatis rogo.* Era permessa questa formola di testare a motivo che, malgrado la confidenza ed anche la certezza del testatore che la sua volontà sarebbe

stata adempita, pure nessun legame civile veniva imposto all'erede, il quale da nessuna legge potendo venire astretto a palesare li segreti del testatore, unicamente la di lui morale e religione poteva essere la norma di sua condotta.

Sentenza testuale

della Corte dell' adriatico del dì 23 marzo 1808.

Considerando che il testamento mistico dell'ora qu. Antonio del qu. Girolamo Francesco Bollani di Venezia del giorno 9 marzo 1807, rogato nello stesso giorno, ed anno per atti di Giuseppe Pera dottore, e notaro pubblico collegiato nella prefettura di Lucca è stato rogato in conformità dell' artic. 976 del codice Napoleone, perchè l' atto di suo rogito è unico e solo, e risulta formato di seguito nello stesso giorno, colla firma di propria mano del testatore, e dei sei testimonj, e del nodaro rogante;

Considerando che il precitato art. 976 quando dispone che questo atto sarà sottoscritto dal testatore, e dal notaro unitamente ai testimonj, non distingue se debbano essere sottoscritti prima questi o quelli, e che risulta consentaneo alla ragione, ed alla qualità della persona insignita della pubblica fede che debba anzi essere compito l' atto stesso colla firma del pubblico notajo rogante faciente fede delle firme delli soprascritti testimonj;

Considerando che per l' art. 980 del codice prelodato li testimonj richiesti, ad essere presenti al testamento, devono essere bensì maschj, maggiori di età, dimoranti nel regno, e partecipi dei dirit-

ti civili, ma che la detta legge non impone al notajo di far risultare nel suo rogito tali requisiti dei testimonj, e che d'altronde gli attori fratelli Bollani non hanno introdotta e provata eccezione veruna di deficienza di requisiti in alcuno dei testimonj intervenuti nel testamento di cui si tratta;

Considerando che ogni uomo può disporre liberamente a piacere della di lui sostanza, semprecchè la sua disposizione non sia contraria alle prescrizioni di legge;

Considerando che il beneficato Carlo Zambellini è persona legalmente capace a sostenere la qualità di erede residuario che gli venne attribuita dal testatore, e che non vi è legge che proibisca al testatore medesimo di confidare vocali segrete ordinazioni da eseguirsi dall'erede suo;

Considerando che nelle segrete vocali ordinazioni dal testatore confidate all'erede non si può fondatamente presumere che vi sia disposizione contraria alle leggi, e che quand'anche si volesse presumere, che vi fosse pel disposto dall'art. 900 del codice Napoleone la disposizione contraria alle leggi, ed ai costumi qualora fosse riconosciuta tale si dovrebbe ritenere soltanto per non eseguibile ma non renderebbe giammai nullo il testamento, a riserva della sostituzione vietata fedecommissaria, la quale certamente non esiste nel testamento controverso;

Considerando che l'atto di testamento non è uno di quegli atti che a senso dell'artic. 1350, §. 1 del codice civile, la legge dichiara nulli per la loro qualità, come presuntivamente fatti in frode delle

sue disposizioni, e che passa una grande differenza dall' atto alla disposizione contenuta nell' atto;

Considerando finalmente che per l' art. 1116 del codice medesimo, il dolo non si presume, ma deve essere provato, e che quindi nel controverso testamento, non deve senza prova presumersi il dolo, o la fraude contro la legge.

La corte di giustizia civile, e criminale del dipartimento dell' adriatico rigetta l' istanza degli attori fratelli Bollani.

Nei gravami nulla si è esposto, che valga a presentare nuovo aspetto alla quistione.

Decisione testuale

della Corte d'appello del dì 23 giugno 1808.

Considerando, che l'atto di soprascrizione ossia rogito del testamento mistico dell'ora qu. Antonio Bollani 9 marzo 1807 rogato nel giorno stesso, per atti del notajo di Lucca Giuseppe Pera, contiene l' adempimento di tutte le formalità prescritte nell' artic. 976 del codice Napoleone, ed è un atto solo sottoscritto dal testatore, e dal notajo unitamente ai testimonj fatto di seguito, e senza deviare ad altri atti, nulla rilevando che il notajo abbia sottoscritto l' ultimo, previe le indicazioni che erano di suo istituto,

Considerando, che l' art. 980 del detto codice prescrive bensì che i testimonj richiesti ad essere presenti al testamento devono esser maschj, e maggiori di età, dimoranti nel regno e che godano dei

diritti civili, ma non prescrive che il notajo debba raccogliere, ed unire al suo rogito le prove di tali qualità, e neppure che ne faccia menzione espressa, e in conseguenza l' ommissione d' una tale formalità non prescritta non importa la pena di nullità imposta nell' art. 1001 del detto codice.

Considerando, che d' altronde qualora alcuno dei testimonj richiesti mancasse delle qualità prescritte nell' atto di ammetterli, questo difetto, che in forza dell' art. 1001 importerebbe nullità, poteva, e può sempre provarsi anche con documenti,

Considerando che il codice Napoleone non proibisce ai testatori di dare vocali segrete ordinazioni al proprio erede, o esecutore testamentario, ma solo proibisce le sostituzioni, come pure le disposizioni a favore di persone dal codice stesso dichiarate incapaci;

Considerando, che le ordinazioni segrete non possono presumersi fatte in fraude della legge e perchè il dolo non si presume, e perchè l' artic. 1350 del codice Napoleone al §. 1, dichiara anzi che devono considerarsi presuntivamente fatti in fraude delle disposizioni della legge quei soli atti, che la legge stessa ha dichiarato nulli per la sola loro qualità;

Considerando che d' altronde nell' artic. 896, che vieta le sostituzioni, è detto, che qualunque disposizione colla quale il donatario, l' erede istituito, o il legatario sarà incaricato di conservare, e restituire ad una terza persona sarà nulla anche riguardo al donatario, all' erede istituito, o al legatario, ma che all' incontro qualora in qualunque di-

sposizione tra vivi, o di ultima volontà vi fossero condizioni impossibili, o contrarie alle leggi, o al buon costume, l' art. 900 prescrive semplicemente che si avranno per non iscritte, e così nell'art. 911, qualunque disposizione a vantaggio di una persona incapace, benchè fatta sotto nome d'interposte persone, cioè dei padri, delle madri, dei figli, e discendenti, o del conjuge della persona incapace, è semplicemente dichiarita nulla;

Considerando, che Carlo Zambellini qu. Santo istituito erede residuario, e commissario testamentario del qu. Antonio Bollani non è persona incapace, e non consta che sia congiunto nei gradi indicati nel detto art. 911 con persona incapace,

Considerando, che non solo non consta, ma anzi dal contesto del testamento è riprovato, che tra le ordinazioni segrete vi sia alcuna sostituzione, perchè il Zambellini è istituito erede residuario, ed inoltre commissario testamentario, ed è espressamente prescritto, che, eseguite anche le vocali segrete sue ordinazioni, abbia egli a conseguire, e ritenere a sua libera disposizione tutto quello che n' avanzerà, il che esclude ogni dovere di conservare parte alcuna dell' eredità residuaria a suo favore disposta per restituirla ad una terza persona,

Considerando, che tra le dette vocali segrete ordinazioni non consta, che vi siano disposizioni a favore di persone incapaci, nè alcuna condizione impossibile, o contraria alle leggi, o al buon costume, ma quand' anche vi fossero sarebbero nulle, e come non fatte in forza dei detti articoli 900, e

911, ed in conseguenza il Zambellini non sarebbe tenuto neppure come commissario testamentario ad eseguirle in pregiudizio del suo residuo,

La corte rigetta l' appellazione, decreta, che la sentenza 23 marzo 1808 della corte di giustizia civile, e criminale dell' adriatico riportar debba la sua esecuzione, ec.

Sezione Prima.

VIII.

Figli (cura de') massime in età infantile, pendente e giudicata la separazione personale.

Separazion personale - effetti della pendenza e del giudizio rapporto alla cura de' figli massime in età infantile.

1.° In pendenza di lite non solo per divorzio, ma anche per separazion personale, la moglie può essere ammessa alla cura provvisionale de' figli, qualora il giudice lo creda di maggior loro vantaggio.

2.° Se la separazion personale fu dalla moglie ottenuta, a lei esser debbono affidati i figli (come anche se avess'ella ottenuto il divorzio) qualora il giudice non creda loro maggior vantaggio l'affidarli all'altro conjuge, ovvero ad una terza persona.

3.° Nell'età infantile si presume più vantaggiosa ai figli la cura della madre.

Codice civile articoli 267, 302, 306.

Teresa Piccoli moglie di Pietro Fossati partitasi dalla casa conjugale, e passata a quella del

proprio padre, promosse per titolo di sevizie e di gravi ingiurie la separazion personale. In contumacia del marito venne questa giudicata dalla corte di giustizia dell'adriatico nel giorno 28 marzo 1808.

Nel giorno 13 aprile dell' anno stesso la moglie citò il marito perchè fosse deciso che la cura principale del comun figlio Francesco, il quale allora trovavasi nell'età circa di tre anni, a lei fosse affidata fino al durar dell'età infantile: riservato al padre ogni diritto a lui competente sul bambino stesso. E' vero, diss'ella, che l'art. 267 del codice civile in massima accorda al padre la preferenza riguardo alla cura provvisionale de' figli, ma è vero altrettanto che l'articolo stesso autorizza il giudice a disporre anche diversamente sulle sole instanze della madre, qualora il maggior vantaggio dei figli lo esiga. E' dunque rimesso alla cognizion prudente del giudice il determinare la scelta fra i due conjugi, secondo le circostanze. Nel caso presente debbono le circostanze appunto far traboccare la bilancia in favor della madre. Gli articoli dimessi dalla medesima colla sua citazione per separazion personale, confessati col silenzio del marito, e ritenuti per base della sua sentenza dal tribunale di prima istanza, provano che il sistema di vita di questo padre è affatto irregolare. D' altronde è facile il persuadersi che questo padre non potrebbe personalmente esercitar le assidue minuziose cure ch' esige un bambino costituito in tenera età. Bensì avrebbe potuto forse la di lui madre supplirvi, ma dessa passò, non ha guari, di vita: ed in

fatti il bambino viene attualmente lasciato al governo d' una mercenaria fantesca. Vedesi poi che in fatto queste verità riconosciute furono dallo stesso padre, dacchè egli medesimo, allorquando staccossi dalla di lui casa la moglie, le concesse volontario la cura provvisionale del figlio, lasciandoglielo per un mese intero, e soltanto in vendetta dell' intentata separazion personale glielo ritolse dappoi. Collimano perciò tutte le ragioni e le convenienze a stabilire, che il caso sia questo, in cui, usando il giudice del suo prudente arbitrio, esaudir possa le instanze di una madre affettuosa, la quale d' altronde ha documentata in giudicio la sua morigeratezza e la sua irreprensibile condotta.

Si oppose il reo convenuto contestando, che la legge civile agli articoli 371, 372, 373 senza alcuna eccezione attribuisce al solo padre l' esercizio dell' autorità sopra i figli durante il matrimonio: che l' attrice mal applica l' articolo 267, il quale parla soltanto del caso in cui sia pendente fra conjugi una lite per divorzio: questa lite non esiste presentemente, e pertanto non v' ha luogo all' arbitrio del giudice di scegliere secondo le circostanze quello fra conjugi cui meglio esser possa affidata la cura provvisionale del figlio. Nè si può parificare l' un caso all' altro, nè trarre argomenti d' analogia. L' articolo 267 stabilisce una eccezione alla massima generale, nè può quindi estendersi dal caso espresso, al non espresso. La eccezione è scritta per la sola pendenza di divorzio: non può adunque applicarsi alla pendenza di separazion personale.

Che se si volesse anche applicar al caso presente l'articolo 267, ed esaminare le circostanze, si rifletta, che qualunque in passato fossero state le direzioni del marito verso la moglie, non si potrebbe da queste dedurre che simili saranno quelle del padre verso il figlio: eppure per privare il padre d'uno, e forse il più prezioso de'suoi diritti, occorrerebbe provar la sua mala condotta appunto come padre, locchè non potrà mai riuscire all'attrice. Dimandò per questi motivi il reo convenuto, che fosse rigettata la citazione, offrendo di collocar per tutto il giorno il figlio in una ottima scuola liberamente accessibile all' attrice medesima.

Il padre del reo convenuto pretese l'intervento in causa, e seco lui concluse sostenendo, che, trattandosi di un figlio nato e di una famiglia formata prima dell' attivazione del codice da un padre non emancipato, non potevano i diritti di patria potestà acquistati dall' avo, togliersi dal nuovo codice. Che siccome egli essenzialmente è involto negli effetti del matrimonio per aver ricevuta in casa la nuora, e firmata l' apoca nuziale, così trattasi in tal causa direttamente del di lui interesse, massime nella circostanza che il padre nulla di proprio possiede. Che finalmente il bambino restando presso al padre, resta affidato in particolare alla direzione e sopraveglianza dell'avo, ed in conseguenza è tanto più allontanato il timore di quella trascuratezza o mala educazione, dal quale ripete la madre il soggetto della sua pretesa.

La corte di giustizia dell' adriatico, secondando le conclusioni del sostituto al suo regio procura-

tor generale, pronunciò nel giorno 11 maggio 1808 la seguente

Sentenza testuale.

Considerando, che nella presente controversia trattasi unicamente della cura provvisionale d' un figlio costituito nell' età d' anni 3 circa, e ciò finch' egli sorta dall'età infantile, e che le leggi in tal proposito disponenti sono tutte dirette al vantaggio de' figli che hanno bisogno della cura ed assistenza de' loro genitori,

Considerando, che colla sentenza di questa corte 8 marzo passato è stata pronunciata la separazion personale dell' attrice dal di essa marito reo convenuto per causa determinata di eccessi ed ingiurie gravi, e per quegli altri tutti motivi che risultano dalle considerazioni della stessa sentenza, dalle quali abbastanza si riconosce la qualità del carattere, e del contegno tenuto dallo stesso reo,

Considerando, che avuto riguardo alle suenunziate qualità di esso reo, non si può egli ritenere adattato a quella cura provvisionale infantile del figlio che dalla legge è contemplata e che gli si rende necessaria per la sua tenera età,

Considerando, che per l' articolo 267 del codice Napoleone è demandata al giudice la facoltà di affidare la cura provvisionale de' figli, pendente la lite del divorzio a chi più credesse di maggior vantaggio de' figli medesimi sulla instanza o della madre, o della famiglia, o del regio procuratore,

Considerando, che le misure provvisionali, al-

le quali può far luogo la domanda del divorzio per causa determinata, sono applicabili per analogia di ragione e disposizione anche nello stato di giudicata dimanda di separazion personale, come si deduce dall'articolo 306 del codice sullodato, sussistendo per l'una e per l'altra le stesse massime, gli stessi principj, e le stesse forme di forense procedura che si sono osservate per condursi alla sopracitata sentenza di personale separazione,

Considerando, che la cura provvisionale del figlio costituito nell' età infantile di tre anni, la quale in sostanza non è altro che diretta alla di lui preservazione, e natural vegetazione, niente turba i diritti della patria podestà, che sono attribuiti al padre dal titolo 9.° del codice Napoleone,

Considerando, che per l' articolo 340 del codice di procedura civile per l' intervento in causa del suocero dell' attrice, non può ritardarsi il giudicio della presente causa principale, la quale nell' atto del detto intervento era in istato di decisione; molto più, che non potrebbe ora aver luogo l'intervento medesimo col fondamento delle Venete leggi, resistendovi l' articolo 476 del codice Napoleone, unica legge imperante nel giorno del presente caso,

La corte, non atteso l'intervento in causa del suocero dell' attrice, dichiara che nelle particolari circostanze del caso la cura provvisionale del figlio Francesco, ora costituito nell' età di anni 3 circa, venga affidata all'attrice di lui madre, e ciò finch'egli arrivi all'età di anni 7, salvo sempre anche in questo intervallo di tempo sopra il detto bambino

ogni altro diritto paterno, dovendo a tal effetto il reo convenuto consegnare alla parte attrice il figlio suddetto nel termine di giorni tre, sotto comminatoria in difetto di usare anche tutti i mezzi coattivi di ragione.

Nel giorno 13 giugno 1808 appellazione dei soccombenti padre e figlio Fossati.

Alle cose riferite in esame di legge aggiunsero alcune osservazioni in via di fatto sul contegno del marito che pretesero migliorato dopo l'avvenuta separazion personale, documentando ch'egli erasi intieramente alienato dal giuoco per cui coltivava prima una viziosa passione, erasi dedicato al servigio di pubblico ufficio nel quale otteneva anche l'approvazione dei suoi superiori, e lasciava conoscere anche al pubblico il suo attaccamento e le sue premure pel tenero figlio. Giustificarono innoltre, che questo fanciullo era collocato presso una buona e saggia educatrice.

Nelle sue deduzioni in appello, sostenne particolarmente l'attrice l'applicabilità al caso delle disposizioni dell'articolo 267, dacchè la procedura dalla legge ordinata per la separazion personale è quella stessa ordinata pel divorzio: mentre appunto la separazion personale (escluso il solo caso della riunione dei conjugi) è sempre un incamminamento al divorzio; perlocchè in due casi affatto eguali non è dubbio, ch'eguale esser non debba l'applicazione delle disposizioni che riguardano i figli. Alle nuove introduzioni in fatto essa poi rispose, che i dimessi documenti non provavano una decisa resipiscenza ed un cambiamento radicale nel carat-

tere e nella condotta del marito, e che se pur vero questo fosse, non ne risultarebbe giammai la conseguenza che la cura del figlio in età così tenera bisognoso di mille piccole continue attenzioni, fosse meglio affidata al padre ed all'avo, occupati nei proprj affari, che alla madre formata dalla natura e dall'uso a vigilar e provvedere ogn'istante ai proprj figli con una particolar assiduità, e tenerezza.

La Corte d' appello nella seduta 28 giugno 1808, dietro le conformi conclusioni del sostituto al regio procurator generale pronunciò la seguente

Decisione testuale.

Considerando, che se la separazione di corpo non può domandarsi che per que' motivi pe' quali si può domandare il divorzio, gli stessi debbono esserne gli effetti nell' un caso, e nell' altro,

Considerando, che Teresa Piccoli moglie di Pietro Fossati domandò la di già giudicata separazione, e che per l' articolo 302 del codice Napoleone i figli debbono essere affidati a quel conjuge che avrà ottenuto il divorzio, quando però il tribunale sulla domanda della madre, o del regio procuratore pel maggior vantaggio dei figli non ordini diversamente,

Considerando, che in questo caso il maggior vantaggio del figlio di soli 3 anni, durante l'età infantile, porta che sia piuttosto affidato alla madre, che al padre contro cui è seguita la sentenza di separazione,

La Corte rigetta l'appellazione, ed ordina che

la sentenza della corte di giustizia dell' Adriatico del giorno 11 maggio riportar debba la piena sua esecuzione.

SEZIONE PRIMA.

IX.

DILAZIONE a pagamento – ESECUZIONE di sentenza.

Condannato un debitore al pagamento immediato, con una prima sentenza che avrebbe potuto accordargli una moderata dilazione, non può il giudice con una seconda sentenza sospendere l'esecuzione di quella prima, mediante la concessione d'alcun termine.

Codice civile articolo 1244.
Codice di procedura articolo 122.

Il signor Aimi Visconti creditore in vigor d'istromento 29 settembre 1801 di mutuo dal sig. Alvise Contarini di lire 17397:9 per capitale, e d'altre lire 956:86 per interessi, citò in giudizio il de-

bitore, il quale non comparve ad eccepire la dimanda. Nel giorno 19 decembre 1807, la corte di giustizia dell'Adriatico, dichiarata la contumacia del reo convenuto, lo sentenziò a pagar le suddette due somme all'attore, a di cui favore accordò anche l'esecuzione provvisionale senza cauzione non ostante opposizione, od appello.

Non avendo voluto accoglier l'attore l'offerta fattagli dal reo convenuto di dar in pagamento tanti beni a stima, diede mano agli atti esecutivi. Fu allora che l'oppignorato Contarini citò il Visconti, proponendo che gli fosse concessa la dilazione di mesi 18 al pagamento del capitale.

Questa sua dimanda era appoggiata all'articolo 1244 del codice Napoleone, che accorda ai giudici l'arbitrio di concedere delle moderate dilazioni secondo la situazione dei debitori: Giustificò la sua situazione, mostrando che, siccome il suo stato attivo sorpassa di gran lunga passivo, ascendendo questo a quasi lire 13000 d'annua rendita netta, così era pienamente assicurato il credito del Visconti: che entro al termine ricercato, a ragion lusingavasi di poter verificare a conveniente patto una vendita d'immobili, col di cui ricavato estinguer il debito senza soccombere ai rovinosi effetti della vendita forzata all'asta: ch'egli finalmente al suo creditore aveva spontaneamente offerti in pagamento i suoi fondi a stima, e l'aveva già prontamente soddisfatto pegl'interessi decorsi: circostanze tutte che documentavano del pari, e la di lui volontà, e la di lui momentanea impotenza di render soddisfatto il suo creditore.

L'intimato Visconti sostenne, che non si potesse al debitore alcuna dilazione concedere.

Il Contarini, disse egli, non solo non introdusse eccezioni, allorchè fu citato al pagamento, ma neppure, come potuto avrebbe allora, dimandò dilazione. Lasciò seguir la sentenza che lo condannò al pagamento anche coll'esecuzion provvisoria senza cauzione, e non ostante opposizione, od appello: la lasciò passare in giudicato, e stette in silenzio finchè fu colpito dagli atti esecutivi. A questo punto non può essergli più lecito di domandar dilazione. L'articolo 1244 che accorda ai giudici la facoltà di concederla, contempla il caso in cui il debitore la dimandi nell'atto d'esser impetito pel pagamento. Ciò tanto è vero quanto che il codice di procedura all'articolo 122 esprime, che qualunque volta possano i tribunali accordare dei termini all'esecuzione delle loro sentenze, debban essi farlo nella sentenza suddetta che decide la contestazione. Quando per altro il giudice ha condannato un debitore al pagamento assolutamente, non vi ha luogo a dilazioni ulteriori, ma deve la sentenza assolutamente eseguirsi.

La corte di giustizia dell'Adriatico decise nel giorno 7 maggio 1808 in favor dell'attore Contarini colla seguente

SENTENZA TESTUALE.

Considerando che pel disposto dall'artic. 1244 del codice Napoleone, i giudici, avuto riguardo alla situazione del debitore, ed usando con molta ri-

serva della lor facoltà, possono accordare dilazioni moderate al pagamento,

Considerando che una moderata dilazione nel caso presente non rende peggior la condizione del creditore, e d'altronde giova alle circostanze dell'attore per eseguire con minori discapiti il pagamento del suo debito,

Considerando che colla ricevuta 2 maggio corrente il reo convenuto creditore è saldato di tutti i pro corsi sopra il suo capitale,

Considerando che il codice Napoleone nell'accennato art. 1244, contempla non già che la dilazione sia ricercata all'atto che il creditore dimanda il suo pagamento, ma permette di sospendere l'esecuzione giudiziale, il che presuppone pronunciato anzi il giudizio di pagamento,

Considerando che l'artic. 122 del codice di procedura civile che parla dei termini, non è altrimenti confondibile col predetto artic. 1244 del codice Napoleone,

Considerando che colla presente sentenza non è tolta, ma soltanto sospesa l'oppignorazione mobiliare praticata dal reo convenuto sopra gli effetti del debitore,

La corte ammette l'istanza dell'attore, limitando però la proroga a soli mesi dieci di tempo dall'odierna sentenza, restando frattanto sospesa ogni giudiziale esecuzione.

Il reo convenuto, appellandosi da tale sentenza, aggiunse alle ragioni in prima istanza dedotte alcune considerazioni per confutarne i motivi. Come si può, diss' egli, calcolar inapplicabile l'ar-

ticolo 122 del codice di procedura civile, s'egli dispone *per ognuno di que'casi in cui i tribunali possono accordare dei termini?* Se in questo caso può il tribunale accordare il termine, entrerà anche questo nell'*ognuno*, da cui nessuno può ritenersene escluso. E come si può calcolar d'altra parte che l'articolo 1244 del codice Napoleone parli anzi del caso in cui sia già stato dapprima giudicato il pagamento, perchè dice che *potranno i giudici sospendere l'esecuzion giudiziale?* Quest'è un equivoco manifesto. Anzi perchè giudicar devesi insieme colla dilazione il credito è necessario il sospendere l'esecuzione, dacchè le sentenze portano l'ordine esecutorio, il quale non può frenarsi senza un'espressa ordinazione del giudice. Finalmente se la legge stessa inculca ai giudici di usare con molta riserva di tale arbitrio che fa forza al diritto legale del creditore, e che se abusato fosse, ritornerebbe a scandaloso trionfo dell'impuntual, e talor malizioso debitore, come si potrà in questo caso ritener provata l'impotenza del debitore, il quale in nessun modo ha documentato di non aver il danaro per soddisfare?

L'attore appellato, in diritto s'attenne alle deduzioni già fatte in prima istanza, ed ai motivi dell'ottenuta favorevole sentenza. Aggiunse in fatto che allorquando egli praticò la sua citazione in punto di proroga, non era altrimenti passata in giudicato la sentenza 19 decembre 1807 che l'aveva condannato al pagamento, dacchè il trimestre entro cui può appellarsi una sentenza, non si dee calcolar dal giorno della prolazione, ma bensì da

quello dell' intimazione della medesima. Ch' egli aveva benissimo provata la sua impotenza a supplir sul momento in danaro, non solo coll'aver fatta all'appellante l'esibizione di dargli in paga altrettanti fondi a stima, ma coll' essersi anche lasciato colpire dalle oppignorazioni sempre dannose, e sempre umilianti, e quindi sempre evitate da chi si trova nella possibilità di pagar prontamente. Ch' egli sperava in fine mediante una discreta dilazione di poter soddisfar in danaro il suo debito, mentre documentava d'aver già data mano agli atti forensi per costringere certo Mainardi suo debitore ad affrancargli la riflessibile somma di lire 17000. Dunque era questo certamente uno dei casi ne' quali poteva il giudice usar con ragione dell'arbitrio dalla legge concessogli.

Portata la causa alla corte d' appello, questa riformò nel giorno 19 luglio 1808 la sentenza di prima istanza colla seguente

Decisione testuale.

Considerando che l' articolo 122 del codice di procedura civile ordina che in tutti quei casi, nei quali i tribunali possono accordare dei termini per l' esecuzione delle loro sentenze, lo faranno essi nella sentenza medesima che decide la contestazione, e vi si enuncieranno i motivi dell' accordato termine,

Considerando che il termine di mesi dieci accordato dalla sentenza 7 maggio 1808 della corte di giustizia civile, e criminale dell'Adriatico all'e-

secuzione dell'altra sentenza della corte medesima 19 decembre 1807 in punto di pagamento non era stato a senso del surriferito artic. 122 inserito nella sentenza sopra la contestazion principale,

Considerando che la facoltà accordata ai giudici dall'articolo 1244 del codice Napoleone di sospendere l'esecuzioni giudiciali in caso d'accordabile dilazione, contempla che vi possano essere dei documenti d'esecuzione parata, e che ogni sentenza deve in generale portare in se stessa l'ordine esecutorio.

La Corte ammette l'appellazione, e riformando la sentenza 7 maggio 1808, dichiara non farsi luogo alla dilazione ec.

Sezione Prima.

X.

AUTORIZZAZION della moglie a star in giudizio contro il marito.
CONVENZIONE fra marito e moglie - MOGLIE.

La moglie legalmente separata dal marito, che ha convenuto seco lui rapporto al proprio alimento, e che nella convenzione fu autorizzata dal medesimo ad implorarne in ogni tempo e caso l'esecuzione, non ha bisogno d'altre autorizzazioni per istar in giudizio contro di lui all'oggetto di costringerlo all'esecuzione cui egli mancasse.

Codice civile art. 215, 218, 219.
Codice di procedura articoli 861, 865.

Mediante sentenza ecclesiastica trovavasi Maddalena Fantuzzi nell'anno 1795 legittimamente separata dal marito Giannantonio Regazzetti. Questi due conjugi nel gennajo 1796 convennero sulla rispettiva contribuzione e percezione degli alimenti fissati in annui ducati centocinquanta; e si chiuse il concordio colla clausola ch'esso *sarà prodotto al magistrato dell'Avvogarìa per implorarne in ogni tempo e caso la sua inviolabile ese-*

cuzione. Cadde in seguito il marito in difetto d'alcune rate: quindi con altra privata scrittura 29 ottobre 1804 il marito *senza pregiudicar le ragioni e crediti della moglie*, le assegnò a saldo del decorso la metà d'un'onorario ch'egli percepiva dalla famiglia Mora mensualmente, lasciando illese alla stessa le ragioni, anzianità, e prerogative pegli alimenti successivi.

Nemmeno in progresso riescì più puntuale ne' suoi pagamenti il marito. Laonde nel febbrajo 1808 videsi la moglie contro di lui insorgere, e proporre in due articoli il pagamento di lire 2059 per titolo di pensioni arretrate, e di lire 118 per titolo di pension decorrente. Non essendo comparso egli a difendersi,

La corte di giustizia dell'Adriatico sulle favorevoli conclusioni del pubblico ministero pronuncia nel giorno 6 aprile 1808 la seguente

SENTENZA TESTUALE.

Considerando che il credito dell'attrice è fondato sulla carta di convenzione del mese di gennajo 1796, riconosciuta e ratificata colla carta posteriore 29 ottobre 1804 dal reo convenuto,

Considerando che dalla non comparsa in giudizio del patrocinatore del reo convenuto debitamente citato viene avvalorato il credito dell'attrice, anche rapporto alla realtà delle somme addimandate, e risultanti dal conto intimato ad esso reo, e non opposto,

Considerando ch'è dover del marito di non la-

sciar mancare l'alimento alla moglie, benchè dallo stesso legalmente separata co' metodi precedenti all'attivazione de' nuovi codici: e che gli oggetti d'assegnamenti provvisionali d'alimenti godono del favore dell'artic. 135, §.° 7 del codice di procedura civile,

La corte di giustizia dell'adriatico dichiara la contumacia del reo convenuto, e condanna lo stesso reo a pagare all'attrice ec.

Il marito interpose l'appellazione. Oltre ai motivi di merito, de' quali non faremo parola, perchè estranei alla quistione d'ordine che ci siam quì proposti di riferire, egli contestò la revoca della sentenza, perchè faceva ragione alla domanda d'una donna non autorizzata nè dal marito nè dalla legge a stare in giudizio. Appoggiò egli la sua eccezione agli articoli 215, 218 e 219 del codice Napoleone, ed all'artic. 861 del codice di procedura civile, i quali dispongono in massima generale e senza restrizione alcuna, che qualunque volta una donna maritata vuol far una domanda in giudizio, debba previamente riportar dal suo marito l'autorizzazione, oppure dal giudice, ove quegli si sia rifiutato dal concedergliela.

Rispose l'appellata che il codice esige, che la moglie sia autorizzata dal marito a star in giudizio nell'ipotesi ch'essa, convivendo con lui, voglia intentar delle azioni in confronto di terze persone: non già nel caso ben diverso ch'essa, già dal marito legalmente separata, voglia intentar delle azioni contro al medesimo: ed esige poi che la stessa sia autorizzata dal giudice ove il marito o si rifiuti,

o sia inabilitato a prestarla per età, assenza, interdizione, o criminale condanna: locchè pure necessariamente si riferisce al caso d'agire contro di terze persone e non contro del marito stesso. Nè si opponga che per l'articolo 865 del codice di procedura la moglie per dimandar contro del marito la separazione de' beni debba innanzi ottenere l'autorizzazione del giudice: giacchè prima di tutto quest'è una disposizion particolare che, risolvendosi in una eccezione, non fa se non confermar la regola generale, che cioè per agire contro del marito non sia di mestieri alla moglie d'alcuna autorizzazione: in secondo luogo deve osservarsi che, riuscendo la separazione dei beni quasi sempre pregiudicievole ai creditori del marito, può dirsi che la moglie intenta in simil caso un'azione dannosa a terze persone. Ma quand'anche piacesse intendere la legge in guisa da dedurre obbligata la moglie a riportar l'autorizzazione anche per impetire il proprio marito, si dovrà poi sempre conoscere che, esercitando essa un'azion dipendente da convenzioni seco lui stipulate certamente ad oggetto che sieno eseguite, abbia già da lui ricevuta nella convenzione stessa l'abilitazion occorrente; certo essendo che chiunque vuole il fine, vuol anche i mezzi necessarj a conseguirlo. Se non che, si esige forse per esuberanza di prove anche un'autorizzazione espressa? La si legge fuor d'ogni equivoco nella carta gennajo 1796, là dove i due conjugi scrissero ch'essa convenzione verrà prodotta al magistrato per implorarsene in ogni tempo e caso la sua inviolabile esecuzione. Ed infatti, ricevuta ch'ebbe il

marito la citazione della moglie, non le oppose quest'eccezione di nullità, come avrebbe dovuto fare in forza dell'articolo 173 del codice di procedura civile se credea che questa le potesse competere, ma se ne restò silenzioso, e si lasciò giudicare in contumacia.

Nella seduta 18 agosto 1808 la corte d'appello, dietro le conclusioni del sostituto al regio procuratore generale, il quale ritenne la necessità dell'autorizzazion del marito, pronunciò la seguente

Decisione testuale.

Considerando che in forza dell'artic. 223 del codice Napoleone, l'autorizzazione data in genere dal marito è valida relativamente all'amministrazione dei beni della moglie,

Considerando che a maggior ragione deve ritenersi valida l'autorizzazione speciale data da Gio: Antonio Regazzetti alla di lui moglie Maddalena Fantuzzi nella convenzione gennajo 1796 d'implorar in ogni tempo e caso l'inviolabile esecuzion della convenzione medesima che riguarda l'alimento da lui promesso alla moglie stessa in ragione di ducati 150 corr. annui, pari a lire d'italia 475:86,

Considerando quanto al merito che l'azione dell'attrice contro al marito è diretta all'esecuzione della carta di convenzione sopracitata, la quale non fu altrimenti derogata, ma venne anzi riconosciuta e ratificata dal marito colla posterior carta 29 ottobre 1804,

La corte rigetta l'appellazione ec.

Sezione Prima.

XI.

Ritrattazion di Sentenza - Mezzi straordinarj d' impugnar un giudicato.

Il rimedio della ritrattazion di sentenze non può aver luogo per impugnar giudicati anteriori all' attivazione della nuova procedura civile, pei quali possono competere altri rimedj.

Codice di procedura civile art. 480, e seguenti.

Lorenzo Sangiantoffetti asserto Cremasco con istromento 7 marzo 1808, rogato in Treviso dal notajo Lorenzo Casellati, acquista da Marin Zorzi asserto commorante in Milano alcuni suoi beni stabili pel prezzo ed ai patti nell' istromento stesso determinati.

Eran que' beni già prima affittati dal Zorzi a Bernardo Locatelli. Usando l' acquirente Sangiantoffetti dei diritti segnati dalla legge *emptorem d. loc. cond.*, legge vigente al tempo del contratto, ottiene co' vecchj metodi tre decisioni definitive, coll' una delle quali vien riconosciuto il suo acquisto, coll' altra il diritto di esigere l' affitto, e colla

terza il dovere del conduttore di rilasciare li beni ad esso affittati.

In questo frattempo Locatelli, facendosi attore contro Sangiantoffetti non meno che contro Zorzi, introdusse una petizione in data 29 maggio 1807, con cui, dimostrando che colle loro false asserzioni di non avere domicilio in Venezia, aveano defraudato il dazio così detto *messetteria*, e che perciò a termini dell' articolo 177 dell' Austriaco decreto 19 decembre 1798, il contratto non potea sortire verun effetto, chiedeva quindi che fosse pronunciata la nullità del contratto medesimo. Procedettero gli atti fino alla irrotulazione inclusive; quando nell'8 giugno 1808 recede l'attore dal giudizio.

Sin dai due dello stesso mese di giugno l'Inspettorato di finanze di Venezia avea fatto conoscere un decreto della direzione generale del demanio, con cui sopra segreta denonzia vennero condannati il venditore Zorzi, ed il compratore Sangiantoffetti a pagare italiane lire 9824 per dazio messettaria, oltre il 15 per cento di pena per la irregolarità del ridetto istromento; ed una multa di ducati 50, fu inflitta al notajo che l'ha rogato; dal qual decreto appellossi Sangiantoffetti al Ministro delle finanze, indi al Consiglio di Stato.

Premunitosi del consulto di tre avvocati, e adempiuto alla prescrizion del deposito, Locatelli nel giorno 25 giugno, propone dinanzi la Corte d'appello di Venezia in confronto di Sangiantoffetti un' istanza per ritrattazione delle tre anzidette decisioni definitive. Dolo personale, e scoperta di

documenti occultati pel fatto dello stesso avversario, sono i titoli sui quali fonda l'istanza. Dolo personale riscontrasi nel reo convenuto, che essendo Veneziano si asserì Cremasco per fraudare i pubblici diritti del dazio messettaria, e dar validità ad un contratto nullo per legge. Sangiantoffetti aveva pur occultato i documenti che avrebbero potuto far conoscere questa sua frode all' attore, che solo nel maggio 1807 potè rilevarla, e ben tosto istituì la pendenza per la nullità dell' istrumento, ma combattuto acremente dal reo convenuto, dovette aspettare la decisione dell' autorità amministrativa che pose in chiara luce la frode, ed a lui aprì l'adito di agire per la ritrattazione delle precorse sentenze. La scoperta adunque della frode consiste nella conoscenza della decisione demaniale, e solo da un tal punto decorrendo il termine di tre mesi a proporre il ricorso per ritrattazione di sentenza, egli è manifesto che Locatelli anco in questa parte ha obbedito alla legge. Trattandosi di caso in ogni sua parte verificato avanti l' attivazione del codice di procedura, egli poteva più facilmente usare del beneficio della restituzione in intero. Scegliendo però le nuove forme della ritrattazione, egli si è sottoposto a più gravi difficoltà. E dolo personale, e scoperta di documenti dalla contraria parte posseduti, sono titoli per cui avea luogo la restituzione in intero, come in presente la ritrattazione di sentenza. Quando perciò gli effetti delle due leggi sono perfettamente conformi, qualora per la procedura si scelga la posteriore malgrado che all' attore debba essere più difficile e meno estesa, non è cer-

tamente violato il sacro principio della non retroattività della legge.

Il reo convenuto Sangiantoffetti nelle sue difese sosteneva improcedibile la domanda di Locatelli. Non è credibile che il rimedio della ritrattazione si applichi alle sentenze emanate all' ombra del regolamento Austriaco del processo civile. Altri rimedj, altri mezzi vi sono indicati a salvezza delle parti che fossero state innocentemente sagrificate. La ritrattazione di sentenze è un rimedio del tutto nuovo offerto alle parti la prima volta dal codice di civil procedura. Le leggi di procedura del pari che tutte l'altre provvedono soltanto per l' avvenire, e non han quindi effetto se non per le cause incoate dopo la loro attivazione. Malamente dunque si abusa della nuova legge per applicarla a cause non solo trattate, ma anche decise innanzi la sua attivazione; malamente si tenta d' impugnare tre decisioni definitive con un rimedio che al tempo della loro emanazione non era conosciuto nè dalli giudici, nè dalle parti. Sarebbe questo evidentemente l'effetto retroattivo riprovato dall'articolo 2 del codice Napoleone. Anche l' Austriaco regolamento offre i rimedj opportuni per impugnare li giudicati. Usi dunque l' attore di que' rimedj che soli concede quella legge sotto il di cui impero emanarono le sentenze ch'egli vuol impugnare. Nè giova il dire che essendo il rimedio della ritrattazione più difficil di quello della restituzione in intero, fosse in facoltà dell' attore la scelta dell' uno o dell' altro. Senza concedere che la cosa sia difatti così, chi non vede annichilarsi la massima della non

retroattività della legge, se venisse con tale pretesto applicata la ritrattazione di sentenze pronunciate all'ombra delle leggi precedenti?

Entrando poi nel merito della quistione, soggiungeva il reo convenuto, che se pur fosse applicabile il rimedio della ritrattazione alle tre decisioni dall' attore impugnate, ne era decaduto pel suo silenzio. Il termine a proporre il ricorso per ritrattazione è di tre mesi dal giorno della scoperta del dolo, ovvero dei documenti. Così l'articolo 488 del codice di procedura. Il dolo di cui è accusato Sangiantoffetti fu dal Locatelli scoperto sin dal maggio 1807, in cui rilevò che per false asserzioni non fu pagato il pubblico dazio, e contemporanea fu la scoperta dei documenti che diedero occasione a tanto rilievo. Dunque lasciò egli trascorrere oltre ad un anno fra la scoperta e'l ricorso; non è certamente ammissibile il troppo tardo suo tentativo.

Vana poi è realmente l' accusa di dolo. Pende tuttora dinanzi al Consiglio di Stato il ricorso presentato dal Sangiantoffetti contro le decisioni amministrative. Potrebbe il consiglio di stato decidere che il Sangiantoffetti non sia tenuto al pagamento del dazio; è dunque tuttora incerto s'egli realmente abbia frodato il dazio messetteria. Ma se ciò pur fosse certissimo, egli sarebbe tutt' al più imputabile di frode a danno del reale tesoro, non di dolo a danno del suo avversario.

Nè migliore si è l' ultimo appoggio della scoperta dei documenti. Sangiantoffetti non occultò mai l' ommesso pagamento del dazio. Se il dazio fosse stato pagato, ve ne sarebbe la solita menzio-

ne in calce dell'istrumento, mancando la quale dovea ben vedersi l' accaduta ommissione. Più ancora: per far luogo alla ritrattazione, è prescritto che i documenti occultati sien decisivi nelle precorse quistioni. Nè punto decideva il sapere se Sangiantoffetti fosse o no sottoposto al pagamento del dazio. Anzi l'autorità amministrativa nell'ordinare che il dazio venga pagato, confermò viemeglio la sussistenza dell'atto, essendo incontrastabile, che non si pagan tasse d'un atto nullo. Se valido è l'atto d'acquisto, fu dunque ben giudicata colle mal impugnate decisioni la sua esecuzione. La domanda di ritrattazione perciò destituta di qualsivoglia appoggio, e sotto qualunque esame, non può non essere rigettata.

Il signor Lunghi sostituto al regio procurator generale nelle sue conclusioni, senza entrare nel merito della quistione, instò perchè venga sospesa la decisione, finchè S. A. I. il Principe Vice-Re deliberi sul ricorso prodotto da Sangiantoffetti contro al decreto del Ministro delle finanze sul punto del pagamento del dazio messettaria.

La Corte d' appello non facendo luogo alla detta requisizione del pubblico ministero, pronunziò sotto il giorno 20 settembre 1808 la seguente

Decisione testuale.

Considerando che il ricorso per ritrattazione di sentenza concesso nel titolo II del libro IV, parte I del codice di procedura civile è applicabile soltanto alle sentenze inappellabili proferite a norma

del codice stesso, non alle sentenze conformi emanate a vecchio metodo, per le quali possono competere altri rimedj;

Considerando che questa eccezione è stata introdotta dal reo convenuto nelle sue difese a fronte della citazione dell' attore nel paragrafo *non è credibile.*

La Corte rigetta come improcedibile in ordine la citazione 25 giugno 1808 per ritrattazione delle due sentenze definitive del cessato tribunale d' appello generale pegli stati Veneti 18 marzo, e 14 luglio 1807, e dell' altra sentenza definitiva 25 novembre 1807 pronunciata da questa Corte d' appello faciente funzioni di tribunale d' appello nelle cause a metodo vecchio, e per la conseguente ritrattazione delle rispettive sentenze di prima istanza, confermate con dette sentenze d' appello.

Sezione Prima.

XII.

Sequestratari - Debito del sequestratario illiquido.

Il sequestratario che può essere o diventar debitore verso il sequestrato, quantunque sia incerto ed illiquido il suo debito, deve nella sua dichiarazione fare le relative enunciazioni, e presentare i documenti che avesse giustificanti le medesime a norma degli articoli 573, 574 del codice di civile procedura, altrimenti per l'articolo 577 è condannato debitor puro e semplice verso il sequestrante per le somme indicate nel sequestro.

Codice di procedura civile art. 573, 574, 577.

Il cavaliere Giuseppe Treves creditore dall'eredità del fu Gio: Antonio Curnis della somma d'italiane lire 1450:58 fece un sequestro di quanto esistesse di ragione del suo debitore nelle mani dei signori Pietro Lovisello, e Paolo Molena, come deputati dell' amica società d' assicurazione, sopra i

cui fondi il defonto Curnis qual socio interessato avea un credito corrispondente a' di lui carati.

Ottenuta la conferma del sequestro, il Treves cita Lovisello, e Molena a fare la legale dichiarazione, di che potessero essere debitori all'eredità Curnis.

Dichiararon essi col mezzo di procuratore, che non hanno in presente alcun fondo liquido di ragione Curnis, e che, esaurite le pendenze, e verificate le scossioni, il risultato liquido di ciò che potrà appartenergli resterà sottoposto all' effetto del sequestro Treves.

Non contento di questa dichiarazione il sig. Treves li cita dinanzi alla corte di giustizia dell' Adriatico, perchè, avendo contravvenuto agli articoli 573, 574 del codice di procedura civile, sien dichiarati debitori puri, e semplici delle somme indicate nel sequestro a tenor dell' artic. 577 del codice stesso.

Difendendosi i rei convenuti, pretesero d'aver soddisfatto agli obblighi loro imposti dai precitati articoli. Soggiunsero poi che ogni loro mancanza dipende dall'averli Treves citati un giorno per l'altro, e con ciò impossibilitati ad agire diversamente.

La corte di giustizia accolse l'istanza dell' attore nel dì 7 luglio 1808 colla seguente

Sentenza testuale.

Considerando, che le conclusioni dell' attore sono dirette a far decidere, che nella dichiarazione fatta dai rei convenuti di ciò che essi potessero es-

sere debitori per qualunque causa a Giacomo Curnis qual erede beneficiato del fu Gio: Antonio, essi non hanno osservato il disposto dagli art. 573, 574 del codice di procedura civile;

Considerando, che l' articolo 573 del codice suddetto chiaramente dispone che la dichiarazione deve enunciare i titoli, e la somma del debito, e che l'articolo 574 ordina, che dovranno unirsi alla dichiarazione fatta i documenti giustificativi della medesima;

Considerando, che la dichiarazione fatta dai rei convenuti non corrisponde a quanto viene prescritto dalli sopraccitati articoli,

Considerando, che per l'articolo 577 del codice stesso il sequestratario, che trascuri di fare la sua dichiarazione, o che non produca le giustificazioni prescritte dai predetti articoli, verrà dichiarito debitore puro, e semplice delle somme contemplate nel sequestro,

La corte di giustizia civile, e criminale dichiara li rei convenuti debitori puri, e semplici della somma d'italiane lire 1450:58 di capitale, e più degl' interessi.

Ne fu interposta dai soccombenti l'appellazione, e dopo di aver rimarcata la fisica impossibilità in cui versavano di prestarsi alla chiesta dichiarazione entro il termine di un solo giorno che fu loro assegnato dalla citazione dell' attore, sostennero non esservi stata nel caso contravvenzione alcuna di legge, di cui fecero il testuale confronto. L' articolo 573 non ingiunge già l' obbligo di accennare nella dichiarazione nè di documentare ciò,

ch' essendo illiquido e incerto non forma nè può formare sul momento il soggetto nè del sequestro nè della dichiarazione. Obbligando esso articolo il sequestratario ad enunciare i titoli e la somma del debito, evidentemente contempla un debito certo e liquido, e gli altri obblighi di enunciare li pagamenti fatti a conto, l' atto, e le cause della liberazione, ed altri sequestri se ve ne fossero. Il susseguente art. 574 essendo diretto non ad ampliare il prescritto, ma a garantire l' esecuzione dell' articolo precedente, richiede i documenti giustificativi delle enunciazioni in quelle ordinate. Ora gli appellanti non essendo nel caso di poter fare alcuna di tali enunciazioni, non avevano nemmeno dovere di giustificarle. Non poteano essi enunciare il titolo, e la somma di un debito, che nell' atto della dichiarazione giurarono di non avere; nè potevano enunciare pagamenti a conto che non furono fatti, liberazioni che non seguirono, altri sequestri che non esistono. Non è dunque contraria alla legge la loro dichiarazione, non v' è luogo a censura nè all' applicazion della pena.

Ma l' appellato sig. Treves espose, che un mero equivoco divien la base dell' avversaria difesa. Il sequestro nelle mani degli appellanti percosse non solo gli oggetti che attualmente devono al defunto Curnis, ma anche tuttociò di che fossero in seguito per essergli debitori per qualsivoglia titolo. Egli è poi certo che appunto nella qualità loro di direttori della società amica d' assicurazione correva loro un debito verso l' eredità Curnis corrispondente ai caratti del defunto sopra i fondi della me-

desima società. Citati quindi a far la legale dichiarazione, poteano e doveano essi enunciare il capitale spettante a Curnis in corrispondenza de' suoi caratti; e se il credito da ciò dipendente fosse stato illiquido per qualunque motivo, dovevano esprimere inoltre le ragioni della pretesa illiquidità, e far conoscere finalmente la qualità delle asserte pendenze. Nulla fu eseguito di tutto questo; son essi dunque in aperta contravvenzione all'art. 573. Ma non bastava ch'essi rendessero ragione della illiquidità e delle pendenze, e di tutto ciò che riguarda il debitor sequestrato; dovean anche giustificare con documenti le cose che dichiaravano. L'articolo 574 porta chiaramente l' obbligo di unire li documenti giustificativi della dichiarazione. Ma negli appellanti la trasgressione del primo articolo portò la natural conseguenza, che ommettessero altresì di documentare ciò che volevano tener occulto, ed in tal guisa si fecero colpevoli di duplice trasgressione. Se fosse sufficiente la nuda asserzione dell' illiquidità del proprio debito verso il sequestrato, sarebbe questo il comune artifizio di tutt' i sequestratarj di mala fede, che di concerto col debitore sequestrato, deluderebbero assai facilmente i giusti riguardi del creditore. La sanzion penale contro queste macchinazioni sta scritta nell' articolo 577 che vuol dichiarato debitor puro, e semplice delle somme indicate nel sequestro, qualsivoglia sequestratario che trascuri di fare la sua dichiarazione, o che non produca le prescritte giustificazioni. Gli appellanti han fatta bensì una dichiarazione, ma illegale in ogni sua parte; non produs-

sero alcun documento; nè giova la scusa della ristrettezza del termine; la legge addita il mezzo dell' eccezion dilatoria qualora abbisogni. E d' altronde gli appellanti non han profittato di tutto il corso della procedura in prima istanza e in appello per supplire ai difetti della loro dichiarazione? Son dunque per duplice titolo meritevoli della sanzione penale, che l' articolo 577 prescrive, e che fu saggiamente applicata dalla sentenza di prima istanza.

Pronunciò la Corte d'appello nel dì 20 settembre 1808 la seguente

Decisione testuale.

Considerando che il defunto Curnis come socio interessato nella società amica d' assicurazione aveva un credito corrispondente ai proprj carati sopra i fondi della società stessa;

Considerando che l' articolo 573 del codice di procedura civile dispone che la dichiarazione del sequestratario deve enunciare i titoli, e la somma del debito, i pagamenti che fossero stati fatti, e l'articolo 574, ordina che dovranno unirsi alla fatta dichiarazione i documenti giustificativi della medesima,

Considerando che la dichiarazione 25 maggio passato fatta dal procuratore de' rei convenuti come deputati di detta società, non ha enunciato nè il titolo, nè la somma del debito, nè v' ha unito i documenti giustificativi l'illiquidità asserita in detta dichiarazione,

Considerando che per l'articolo 577 del codice stesso il sequestratario che trascura di fare la sua dichiarazione e che non produce la giustificazione prescritta dai precedenti articoli, dev' essere dichiarato debitor puro e semplice delle somme indicate dal sequestro,

La corte rigetta l' appellazione, e confermando la sentenza 7 luglio 1808 della corte di giustizia dell'Adriatico, decreta ch'essa riportar debba la sua intiera esecuzione.

SEZIONE PRIMA.

XIII.

TESTIMONIO debitore o creditore dalle parti - SOSPETTO.

Il testimonio che sia debitore o creditore d'una delle parti, o anche d'ambedue, può essere legalmente dato a sospetto.

Codice civile artic. 4.
Codice di procedura civile artic. 283.

Ammessa dal tribunale di commercio dell'Adriatico la prova testimoniale offerta da Giuliano,

e Carlo fratelli Ghetta attori, il reo convenuto Elia sacerdote eccezionò il testimonio Spiridione Moraiti, perchè questi era accettante di un ordine mercantile tratto dai fratelli Ghetta, e posseduto da esso reo convenuto. Ammessa la verità del fatto dal medesimo Moraiti, il quale asseriva di non aver pagato per la sola circostanza che da nessuno erane stato richiesto, tutta la contestazione ha versato se il di lui esame (già stato assunto) dovesse esser inattendibile.

Il tribunal di commercio in Venezia nel giorno 21 settembre 1808 ha pronunciato a favore di Sacerdote la seguente

SENTENZA TESTUALE.

Considerando che Spiridion Moraiti è eccepito a provare nel caso, come debitore ad ambedue le parti.

Il tribunale ammette l'eccezione per motivo di sospetto, e dichiara come non avvenuta la deposizione.

Appellando, dicevano i fratelli Ghetta. Il codice di procedura all'artic. 283, precisa i titoli di sospetto. Fra questi non vedesi indicato quello che il testimonio sia debitore verso ambidue, od alcuna delle parti. Nel giro delle cose commerciali, senza aver alcuna conoscenza di persone, si eseguiscono tutte le operazioni del cambio, le quali per un dato tempo costituiscono il debito ed il credito. Queste combinazioni qual rapporto presentano, per cui chiamato taluno a render conto sopra una circostan-

za ad esso totalmente indifferente, abbia a concepirsi il sospetto, che la verità possa essere alterata? Un debito o credito specialmente di tal genere non porta nè amicizia nè avversione. Se per parte del creditore si fossero intrapresi gli atti per astringere al pagamento, se il debitore contro la data fede fosse in riprovevole mora, potrebbe anche muoversi dubbio, che il debitore stesso non avesse favorevoli disposizioni, e per la specialità del caso, si potrebbe mettersi in guardia sulla verità delle di lui asserzioni. Ma non si possono fare queste considerazioni, giacchè se Moraiti è tuttora debitore, è questo per la circostanza che nessuno gli ha presentato l'ordine da lui accettato per essere estinto. Più, se verso una sola parte avesse il debito, la sentenza sarebbe in qualche modo più sostenibile: ma ambidue i litiganti, avendo eguali diritti verso il testimonio, non si saprebbe comprendere qual interesse abbia a renderlo incerto, e quindi per qual ragione temer si debba che nella sua deposizione veritiero non riesca ed ingenuo.

Ma già basta il silenzio della legge perchè non si possa aggiungere alla medesima un titolo di sospetto che, non essendo ammesso, dee ritenersi implicitamente escluso.

Rispondeva l'intimato. Non si crea un' appendice alla legge, portando la di lei disposizione ai casi che sieno simili, o maggiormente qualificati. E' impossibile che sieno scritte tutte quelle combinazioni, che dalla legge debbono essere regolate. Il codice di procedura parlando de'testimonj dati a sospetto, fornisce ai giudici bensì una indicazione

de'casi, ma non li costringe a restringersi a que'soli che vennero enumerati. Prova ne sia che nulla parla di que'casi, dove alcun testimonio sia stato corrotto, dove si provi ch'esiste un'aperta inimicizia. Eppure sono questi titoli di assai maggior importanza di quelli che sono scritti. Si dirà quindi che i giudici devono sentire questi testimonj, e prestar loro piena fede? Se la legge non può condurre a questi assurdi, il giudice dovrà adunque applicarla a tutti i casi nei quali vi fosse eguale o maggior ragione. Un debitore è posto in una certa dipendenza e soggezione dal suo creditore. Assoggettandolo al pagamento, dirigendo contro di lui gli atti esecutivi, od essendo facile alle dilazioni, può il creditore con facilità in diverso modo disporre il di lui animo. Benchè vincolato il testimonio alla conseguenza dello spergiuro, troppo è sempre a paventare che la di lui deposizione figlia della circostanza non senta l'interesse, e la prevenzione.

D'altronde se la legge medesima all'artic. 378 dà per sospetto il giudice che fosse debitore, o creditore di una delle parti, tacendo in tal parte l'altro articolo che parla dei testimonj, i tribunali possono supplire con la stessa regola al silenzio della legge.

Sopra tali deduzioni la corte d'appello nel giorno 13 ottobre 1808 pronunciò la seguente

Decisione testuale.

Considerando quanto al testimonio Spiridion Moraiti, che la legge nell'indicare i motivi legitti-

mi per ricusare un testimonio, non ha detto che questi sieno i soli ammissibili, ma che in mezzo a tante circostanze che possono rendere sospetta la fede d'un uomo, la legge ha voluto soltanto specificar quelle sulle quali non cade alcun dubbio;

Considerando che a norma dell'articolo 4 del codice Napoleone al silenzio della legge dovrà supplire la prudenza del giudice colle regole del buon senso e dell'equità naturale;

Considerando che la deposizione di un creditore, o di un debitore d'una delle parti, non ha quel carattere d'imparzialità che la legge ricerca necessariamente nelle deposizioni de' testimonj;

Considerando che il testimonio Spiridion Moraiti è debitore verso ambedue le parti;

La corte rigetta l'appellazione, ed ordina che la sentenza 21 settembre 1808 del tribunale di commercio dell'Adriatico riporti la sua esecuzione.

Sezione Prima.

XIV.

Consiglio di famiglia (deliberazione del) - Eccesso di potere - Giudice di pace - Tutela del figlio - Madre che passa a seconde nozze.

La deliberazione del consiglio di famiglia, che, previe motivazioni in diritto, decide di preservare alla vedova che passa a seconde nozze la tutela del figlio pupillo, non è imputabile d'eccesso di potere, nè d'incompetenza: può bensì impugnarsi in merito dai membri dissenzienti, o da chi avesse diritto alla tutela.

Codice civile art. 330, 395, 396, 416, 447.
Codice di procedura art. 883.

Passata in matrimonio Anna Carminati con Domenico Caliari Fantinelli, non andò guari ch'ebbe la sventura di rimaner vedova con un tenero figliuoletto. Imperavano a tal epoca in Venezia le leggi del Veneto statuto, e sussidiariamente a questo, atteso l'editto del governo Austriaco del giorno 27 marzo 1803, il diritto comune. Restò insieme col fanciullo la vedova nella casa del suocero,

finchè le si presentò occasione di passare a seconde nozze, locchè avvenne quasi cinque anni dopo la morte del primo marito. Erasi poco prima attivato in Venezia il codice Napoleone. Presentò essa dunque le sue instanze al giudice di pace perchè fosse convocato il consiglio di famiglia, il quale a senso del disposto dall' articolo 395 del codice suddetto deliberasse sulla convenienza di confermare a lei la tutela del pupillo, e sulla nomina d'un tutor surrogato.

Nel giorno 16 aprile 1808 si convocò questo consiglio di famiglia, in cui Domenico Caliari avo paterno del pupillo si oppose alla domanda della nuora.

Si divisero le opinioni dei congiunti: ma prevalse il partito della madre in forza del voto del giudice di pace, il quale

Considerando che alla morte di Gio: Battista Caliari il di lui figlio pupillo pel jus comune è passato sotto la patria potestà dell' avo superstite:

Che per le leggi medesime era incapace d'essere sotto tutela chiunque era in altrui dominio:

Che per conseguenza, non essendosi prima della legge di Napoleone purificato nell'avo il carattere di tutore, ed essendo per la legge medesima cessata in lui la podestà paterna all' atto della pubblicazione del nuovo codice, deve la tutela passar a chi la legge medesima accorda un titolo esclusivo:

Che il non aver fatto eleggere un tutor surrogato è un' ommissione che non può portar la conseguenza di far perdere la tutela a chi l'ha acquistata *ipso jure* al momento della pubblicazione del codice:

Che non constano, e non sono nemmeno allegati dei fatti provanti essere il matrimonio proposto di pregiudizio al pupillo, o per la qualità dello sposo, o pei rapporti di famiglia:

Che l' essere lo sposo figlio di famiglia con altri fratelli non basta perchè si asseriscano mal cautate le ragioni del pupillo:

Che ogni principio d' equità naturale persuade a non distaccar possibilmente dal seno materno i proprj figli ad una vedova che non ha mai date prove di mala condotta, e che ha sempre amato il proprio figlio con tenerezza particolare.

Visto il codice Napoleone al tit. IX, lib. I della patria podestà, ed agli articoli 330, 395, e 396, decise che la tutela del pupillo sia conservata alla di lui madre, e le destinò per contutore il secondo marito Antonio Scotti.

In seguito a questa deliberazione, lo stesso consiglio di famiglia nominò in tutore surrogato l' avo del pupillo Domenico Caliari.

Questi, malcontento di siffatta deliberazione, convenne in giudizio la nuora, ed il novello di lei marito, contestandone la nullità per causa d'incompetenza e d'eccesso di potere. Il consiglio di famiglia (diss' egli) è dalla legge unicamente autorizzato alle provvidenze amministrative pel maggior vantaggio de' minori e degl' interdetti, ed alla dimissione de' respettivi tutori ne' casi dalla legge contemplati; non già a conoscer e decidere punti di diritto, che sono tutti esclusivamente riservati alla giudicatura de' tribunali civili. Era una mera quistione di diritto quella insorta nel consiglio di

famiglia, se, avvenuta essendo la morte del padre del pupillo prima dell' attivazion del codice Napoleone, fosse il pupillo per le leggi allora vigenti ricaduto in potestà dell' avo paterno, e ne fosse divenuto questi il tutore legittimo: o se piuttosto col dare al codice un'effetto retroattivo, si potesse attribuir la tutela alla madre, spogliando l' avo dell' esercizio dell' autorità paterna. Dovea pertanto il giudice di pace sospender ogni deliberazione dell'adunato consiglio, e rimetter alla decisione della corte di giustizia l' insorta controversia.

Si difese la madre sostenendo che il consiglio di famiglia ha facoltà propriamente deliberativa; attribuendo l'art. 416 al giudice di pace *il voto deliberativo e preponderante in caso di parità d' opinioni*. Che se dunque trattossi nel consiglio il punto se la tutela del figlio si dovesse conservar alla madre che passava a seconde nozze, ovvero dar all' avo paterno, e se emerse in questo soggetto parità d' opinion fra votanti, dovea il giudice di pace, come appunto fece, dirimerla. Ma forse non è l'artic. 395 quello che attribuisce al consiglio di famiglia una vera autorità di decidere? Lo si ascolti. *Se la madre tutrice vuol rimaritarsi, dovrà prima del matrimonio convocar il consiglio di famiglia, il quale deciderà se la tutela debba esserle conservata*. E ciò appunto avvenne, dacchè il consiglio *decise che la tutela dovesse esserle conservata*: essendo poi inconcludente l' esame se abbia così deciso per motivi desunti da applicazione di leggi, ovvero per equitative riflessioni che sia accaduto di fare ai votanti ed al giudice. Nè alcuna legge impe-

disce in fatto, nè impedir potrebbe che i votanti stessi ed il giudice determinino il proprio voto per l' applicazione al caso di qualche teoria legale.

La corte di giustizia dell' Adriatico sulle conformi conclusioni del suo regio procurator generale nel giorno 17 agosto 1808, giudicò in favor dell' Attore colla seguente

Sentenza testuale.

Considerando che le facoltà attribuite a' giudici di pace sono specificatamente determinate dall' organico regolamento 13 giugno 1806 alla sezione III, cap. I negli articoli 26 fino al 43; e che tra queste non è compresa la facoltà di decidere le controversie di diritto e di stato,

Considerando che nel consiglio di famiglia convocato li 16 scorso aprile innanzi al giudice supplente abituale di pace, a richiesta dell'odierna rea convenuta, all' oggetto che le sia conservata la tutela del figlio minore prima di passare all'atto del secondo matrimonio, è stata introdotta dai parenti per lato paterno del minore, la controversia se debba rimaner la tutela del pupillo presso l'avo superstite, in cui sostennero essersi verificata avanti l'attivazion del codice Napoleone; oppure se la detta tutela per la sopravvenuta legge del prelodato codice sia passata nella rea convenuta al momento della pubblicazion della legge medesima, come opinarono i tre parenti pel lato materno,

Considerando che la suddetta controversia insorta nel detto consiglio di famiglia è una contro-

versia di puro diritto e di stato, certamente non compresa per la giudicatura nel precitato organico regolamento fra le attribuzioni del giudice di pace,

Considerando che il giudice supplente di pace, invece di far sospendere dopo l' insorta controversia al consiglio di famiglia qualunque deliberazione sopra l' instanza fatta dalla rea convenuta, rimettendo le parti a procedere sopra il punto di diritto e di stato innanzi all' autorità giudiziaria competente, si è portato colla propria deliberazione a giudicar sopra il punto di diritto e di stato anzidetto, decidendo che la tutela del figlio pupillo sia conservata alla rea convenuta; quando non poteva giudicarsi tale conservazione, se prima non fosse stato giudicato dalla civile autorità competente il possesso della tutela nella rea convenuta medesima,

Considerando che dall' attore tanto nella di lui citazione 5 scorso maggio, quanto nelle odierne di lui conclusioni è stata espressamente riservata, dietro l' implorato giudizio, la discussione nelle forme di legge dinanzi questa corte, sopra il surriferito punto di controversia di diritto e di stato,

La corte dichiara insussistente ed inefficace la deliberazione del consiglio di famiglia 16 aprile decorso ec. riserva ad entrambe le parti la discussione nelle forme di legge dinanzi la competente autorità giudiziaria relativamente al punto di controversia di diritto e di stato ec.

La soccombente Carminati interpose l' appello. Oltre alle cose già esposte dapprima, non v' ha

(diss'ella) alcuna legge che obblighi il giudice di pace a sospender la deliberazione del consiglio di famiglia, ove gl' individui che lo compongono spieghino il motivo della loro opinione in diritto. Il farlo aprirebbe anzi vasto campo all'abuso, mercè di cui ogni consiglio di famiglia non più deliberar potrebbe com'è intenzion della legge, ma sarebbe una scaturigine di liti, e, quel ch'è più, si troverebbe poi imbrigliato nelle sue decisioni da quelle de' tribunali. Irregolarissima è poi la forma del presente giudizio. Si può reclamare contro le non unanimi deliberazioni del consiglio di famiglia; ma per quanto l'articolo 883 del codice di procedura prescrive, deve il reclamo essere spiegato contra gl' individui che sono stati del parere della deliberazione.

Le deduzioni dell'appellato riassunsero quanto egli espose innanzi, e quanto venne considerato dalla corte di giustizia nella già riferita sua sentenza.

La Corte d'appello nella seduta 18 ottobre 1808, sentite le conclusioni del suo regio procuratore generale, il quale domandò la conferma della sentenza di prima istanza, pronunciò la seguente

Decisione testuale.

Considerando che nella causa giudicata con sentenza 31 agosto 1808 dalla corte dell' Adriatico fra l' attore Domenico Caliari avo paterno del pupillo Domenico, ed Anna Carminati sua madre venne soltanto proposta dalle parti la nullità della deliberazione del consiglio di famiglia tenutosi il dì

16 aprile per eccesso di potere e per incompetenza perchè si fosse con esso deciso un punto di diritto e di stato, in vista della cui introduzione dovesse il giudice di pace sospendere la deliberazione medesima,

Considerando che l' eccesso di potere e l' incompetenza si verificano quando si pronuncia una decisione in argomento attribuito ad un' autorità diversa da quella che attribuisce a se stessa una competenza non propria,

Considerando che l' art. 395 del codice Napoleone così concepito - *Se la madre tutrice e curatrice vuole rimaritarsi, dovrà prima del matrimonio convocar il consiglio di famiglia, il quale deciderà se la tutela debba esserle conservata*, attribuisce al consiglio di famiglia la competenza di decidere se la tutela debba o no esser conservata alla madre,

Considerando che la dispositiva della deliberazione 16 aprile del consiglio di famiglia sta in questi termini - *decidiamo che la tutela del figlio pupillo Domenico Caliari sia conservata alla di lui madre* - ed è quindi affatto corrispondente, e quanto al soggetto, e quanto alle forme, ed al letterale, al surriferito articolo del codice Napoleone,

Considerando che il supplente delegato dal giudice di pace, unendo il preponderante suo voto a quella delle due parti ch' egli credette più ragionevole, e redigendone il risultato in forma di decisione in conformità al testè citato articolo del codice Napoleone, non esercitò egli un'atto di giurisdizione contenziosa in argomento che non ritro-

visi espresso nel regolamento organico dall' art. 26 fino al 43 citati nella sentenza appellata, ma esercitò un' atto di quella giurisdizion volontaria ed onoraria, che indicata generalmente nel 32° degli articoli citati, gli viene determinatamente attribuita dal codice Napoleone,

Considerando che non è vietato al consiglio di famiglia l'addurre motivi delle proprie deliberazioni; e che anzi nel caso specificato all'articolo 447 del sullodato codice, ciò gli viene espressamente prescritto,

Considerando che, quand'anche il consiglio di famiglia colla sua deliberazione 16 aprile si fosse condotto ad erroneamente decidere di *conservare* alla madre la tutela del figlio, supponendola per tal modo in essa già preesistente, perchè, bilanciate le contrarie ragioni in diritto discusse sopra un tal punto, si fosse indotto in siffatta supposizione, non perciò avrebb' esso ecceduti i limiti della sua competenza: attesochè il concreto della sua deliberazione è quello precisamente a cui lo autorizza e lo invita la legge, la quale intorno alla qualità dei motivi niente prescrive,

Considerando che contro le deliberazioni dei consiglj di famiglia, comunque espresse sotto forma di decisione, l'articolo 883 del codice di procedura civile preserva que' rimedj stessi col mezzo de' quali si può vendicare ogni atto privato,

Considerando che ritenuto dall'attore che a lui appartenesse il diritto d'escluder in questo caso la rea convenuta dalla tutela del figlio, poteva e potrà tuttavia esercitare ogni sua creduta ragione

in conformità della legge, ferma frattanto, quanto alla sola competenza, la famigliare deliberazione,

Considerando che se una quistione di diritto e di stato, pretesa pregiudiziale, e pur troppo non difficile ad introdursi in queste convocazioni, bastasse a sospenderne o ad annullarne sotto aspetto d'incompetenza le deliberazioni, si lascerebbe all'arbitrio, e spesso alla malizia un mezzo indeterminato per deludere la volontà del legislatore, e per combatterne i provvidi oggetti; contro del quale abuso vegliar debbono le autorità giudiziarie.

La Corte ammette l'appellazione; e, riformando la sentenza 17 agosto 1808 della Corte dell'Adriatico, dichiara non aversi a ritenere per insussistente nè inefficace per titolo d'eccesso di potere e d'incompetenza la deliberazione del consiglio di famiglia 16 aprile decorso, fintantochè, piacendo all'attore d'introdurre una qualunque sua creduta azione in conformità della legge, non fosse decisa a di lui favore l'esclusione della madre dalla controversa tutela.

Sezione Prima.

XV.

Eccezioni in grado d'appello.

Alla negativa di un fatto non opposta dall'appellante nè in prima istanza, nè nell' atto d' appello, e solo introdotta senza prova nelle conclusioni e nelle arringhe in appello, non si ha nel decidere riguardo alcuno.

Codice di procedura civile art. 61, §. 3, e 456.

Era seguito un contrasto con carta privata del dì 5 aprile 1808 tra Giacomo Ferretto, ed Antonio Gennaro del seguente tenore:

" Per ordine e commissione del signor Gaeta-
" no Cranio stabilito contratto col signor Antonio
" Gennaro di n°. 8 botte vino scelto a ducati no-
" vanta due e mezzo alla botte, pagabile in tanti
" crociati intieri, a ragione di lire undici e mezza
" l'uno. Levato il suddetto vino avanti le presenti
" SS. feste di Pasqua, e così pure pagato."

(Giacomo Ferretto affermo quanto sopra.

(Antonio Gennaro firmo a parte del sig. Gaetano Cranio.

Ferretto con atto 31 maggio richiamò Cranio alla esecuzione, e questi nulla rispose.

Passò il tempo, nè il vino fu levato.

Chiamato quindi il contraente Gennaro in conciliazione non altro addusse senonchè in sua specialità nessun acquisto aveva egli fatto; che quello era per solo conto del Cranio Veneziano, da cui non teneva in iscritto commissione veruna. Ricusava però, quanto a lui, di eseguirlo.

Ferretto citò alla corte di giustizia in Vicenza Gennaro, e domandò, che, qualora non documenti egli nelle forme legali la commissione avuta dal Cranio, per di cui conto disse di far l' acquisto del vino, sicchè l'attore possa convenire il Cranio medesimo, sia tenuto il Gennaro nella sua specialità ad eseguire il contratto, ed a sottostare agl'interessi di legge.

Gennaro restò contumace, e fu dalla Corte di giustizia del Bacchiglione nel giorno 9 agosto 1808 proferita la seguente

Sentenza testuale

Considerando che colla privata scrittura 5 aprile 1808 debitamente registrata, il reo convenuto bensì d'ordine e commissione del signor Gaetano Cranio, e come sta espresso in detta scrittura acquistò dall'attore n.° 8 botti vino scelte per il convenuto prezzo di ducati novantadue e mezzo alla botte pagabile in altrettanti crociati, e colla condizione che il detto vino sarebbe levato, e pagato avanti le feste di Pasqua prossime passate,

Considerando essere peranche ineseguito il detto contratto, giacchè il vino venduto e rispettivamente comprato tuttora esiste presso l'attore,

Considerando che il reo convenuto, a meno che legalmente non comprovi la riportata commissione del Cranio, devesi ritenere risponsabile della contrattazione dal medesimo firmata, la esecuzione della quale viene a giusto titolo dalla di lui specialità reclamata dall' attore,

Considerando che in caso diverso rimarrebbe a pregiudizio dell' attore stesso ineseguito il detto contratto, la osservanza del quale nella peculiare circostanza non può egli non reclamare in confronto del reo antedetto,

Considerando che non viene opposta nè contraddetta l' anzidetta scrittura 5 aprile 1808, anzi il silenzio del reo ed il di lui allontanamento dal presente giudizio concorrono a far riconoscere non solo la validità della medesima, ma eziandio la valutabilità del motivo su di cui è basata la domanda dell' attore.

La camera prima sezione civile della corte di giustizia ha dichiarata la contumacia contro il reo convenuto Antonio Gennaro, e pronunciando lo ha condannato in propria di lui specialità alla esecuzione del contratto 1808 5 aprile col levare e pagare contemporaneamente il numero otto botti vino abbracciate dal detto contratto, e ciò in quanto il reo suddetto Antonio Gennaro non documenti legalmente la commissione avuta dal signor Gaetano Cranio, perchè possa l' attore Giacomo Ferretto dirigersi contro lo stesso; lo ha in pari tempo condan-

nato al pagamento degl' interessi di legge, e nelle spese ec.

Appellò il dì 26 settembre il Gennaro; ma la sua appellazione non esprimeva motivo alcuno.

Ricorse nelle conclusioni all' art. 1120 del codice Napoleone, ove sta scritto che chi promette il fatto di terza persona non può venirne obbligato se non nel caso che questa persona vi si rifiuti. Cranio non esservisi rifiutato. Dunque non potersene riconvenire Gennaro.

Trattarsi in oltre di un contratto di vino.

Per l'art. 1587 del mentovato codice non vi è contratto di vendita riguardo al vino, se non vi sia preceduto l' assaggio, e la relativa approvazione. Queste condizioni di legge non può argomentarsi che fossero state eseguite, dalla vaga espressione di *vino scelto*; quand' anche perciò si volesse a dirittura risponsabile Gennaro di questo contratto, cesserebbe ogni sua obbligazione a fronte della legge che dichiara nullo un tale contratto.

Rispondeva Ferretto che, o Gennaro tiene dal Cranio la commissione in iscritto, e la comunichi, onde possa il commettente venir citato; o non la tiene, o la nasconde, o non può in modo alcuno documentarla, ed imputi a se stesso quella responsabilità a cui volontario si espone.

Quanto all' assaggio essere estemporanea questa eccezione non allegata nè in conciliazione, nè avanti la Corte. Essere tuttavia riprovata dal tenor del contratto, in cui sebbene non siaindicato l' assaggio, è detto peraltro che le otto botti di vino erano scelte; e siccome non si può scegliere senza co-

noscere, così si deve indurre per necessaria conseguenza che siavi stato l' assaggio.

La Corte d'appello nel giorno 27 ottobre 1808 pronunciò la seguente

DECISIONE TESTUALE.

Considerando che Gaetano Cranio, richiamato con atto 31 maggio 1808 da Giacomo Ferretto alla esecuzione del contratto fatto col Ferretto da Antonio Gennaro, per ordine e commissione del Cranio medesimo, niente rispose, e che questo rifiuto di rispondere si ritiene per un rifiuto di eseguire il contratto che coll' atto stesso richiamavasi ad eseguire,

Considerando che il reo convenuto non ha col suo atto d' appellazione del dì 26 settembre introdotta nessuna eccezione riguardo al non seguito assaggio ed approvazione del vino, come avrebbe dovuto fare a' termini degli articoli 496, 61, §. 3 del codice di procedura civile,

Considerando per conseguenza che a siffatta eccezione, che non poteva prevedersi dalla parte appellata, introdotta soltanto nelle conclusioni e nelle arringhe in appello, non vi si può avere alcun riguardo, e particolarmente attesa la contumacia dell' appellato in prima istanza,

La Corte rigetta l' appellazione, e confermando la sentenza 9 agosto 1808 della corte del Bacchiglione, ordina che la stessa sia pienamente eseguita.

SEZIONE PRIMA.

XVI.

CORREZIONALE.

Ispezion giudiziale - Nullità - Remissione ad altro tribunale.

La mancanza dell' ispezion giudiziale non abolisce il delitto, nè tutta la procedura, ma solo rende nulla la sentenza, il precedente mandato d' accompagnamento, le citazioni, e gli atti susseguenti; ferma l'instruzion regolare precedente, onde il tribunale cui deve rimettersi la causa, supplito il difetto dell' ispezion giudiziale con altri mezzi di prova, devenga, se v'ha luogo, a nuovo giudizio.

Codice di procedura penale art. 341, 386.

Nella sera 12 marzo 1808 Andrea Moro detto Carlina condottiere di cavalli da barche sentì dalla strada Filippo Benvenuti oste in villa di Rottanuova, distretto di Chioggia, dipartimento dell'Adriatico, che dalla interna cucina della sua osteria lagnavasi averlo il Carlina frodato d'alcune lire, ed essere dipoi, senza più lasciarsi vedere, andato a servirsi ad altre osterie.

Carlina sdegnato proruppe dal di fuori in ingiurie, e quindi si accese una vicendevole rissa.

Gio: Battista figlio dell'oste, udito il romore da una stanza di sopra, affacciossi ad un balcone con fucile approntato, e carico solo di pallini, e minacciò il Carlino se non desisteva dalle ingiurie, di scaricarglielo; ma costui vieppiù ardito rinforzò i vituperj, sicchè il giovane Benvenuti si decise allo scarico, e colpì Carlina lievemente in una gamba e in una coscia con poca effusione di sangue.

La ferita fu denonziata dal chirurgo, ma non vi fu fatta giudiziale ispezione.

Contro Gio: Battista Benvenuti era stato rilasciato mandato d'accompagnamento, e questo, attesa la di lui assenza, restò ineseguito.

Il tribunale di Chioggia continuò nondimeno la procedura in via correzionale, e, non ostante la contumacia di Gio: Battista, citò padre e figlio al dibattimento.

Verificossi questo colle forme ordinarie, e fu pronunciata il dì 6 ottobre 1808 la seguente

Sentenza testuale.

Sentite le conclusioni del regio signor procuratore, il quale dimandò che l' imputato Filippo Benvenuti fosse punito con tre mesi di detenzione di polizia, e Gio: Battista Benvenuti di lui figlio con sei mesi di detenzione correzionale, conforme quanto al primo, all'art. 111 dell'introduzione del codice penale Austriaco, e quanto al secondo, conforme al §. 138 del codice stesso,

Sentita la parte offesa,

Sentiti gl' imputati, che nei loro mezzi di difesa hanno parlato gli ultimi,

Ha dichiarato e dichiara

Il nominato Filippo Benvenuti d' anni 50 oste di mestiere, nativo di Legnago, ed abitante nel comune di Rottanova, cantone di Cavarzere sinistro, dipartimento dell' Adriatico, non essere colpevole del delitto imputatogli,

Ha dichiarato e dichiara

Il nominato Gio: Battista Benvenuti di lui figlio di anni 21 oste, nubile, di detta comune, colpevole di leggieri ferite impresse come sopra nella persona di Andrea Carlina nella succitata sera 12 marzo 1808 con esplosione d' arma da fuoco carica di pallini di piombo.

Considerando che per l' articolo 4 del decreto reale 7 luglio 1807 sino all'emanazione del codice penale debbano applicarsi le pene prescritte dalle leggi veglianti nei luoghi del commesso delitto,

Considerando che il delitto di cui Gio: Battista Benvenuti è stato dichiarato colpevole, è contemplato dal §. 137 lettera B del codice penale Austriaco, ancora vigente negli stati ex-Veneti alla sinistra dell' Adige.

Considerando che le circostanze d'irreprensibile precedente condotta dell' imputato, della violenta commozione di animo cagionatagli nell' aver intesa la rissa tra il proprio padre, ed il nominato Andrea Carlina, della di lui negligentata educazio-

ne, della spontanea sua confessione per cui può dedursi con fondamento ch'egli sia per emendarsi, non meno che della leggerezza delle ferite riportate dal Carlina, sono circostanze ritenute dalli §§. 39, 40 del detto codice, siccome cause mitiganti per l'inflizione della pena,

Considerando che per il concorso delle suddette circostanze mitiganti, in vigore del §. 48 del suddetto codice viene abilitato il giudice ad abbreviare la durata della pena prefissa dalla legge,

Ha condannato e condanna

Il detto Gio: Battista Benvenuti alla detenzione correzionale per mesi otto da incominciarsi questo giorno, al risarcimento dei danni verso la parte offesa da liquidarsi dinanzi il signor giudice istruttore Pizzamano all'effetto di sentire sul proposito le parti, esaminare gli atti, e riferire al tribunale in privata seduta coll'intervento delle parti stesse, o loro difensore, non che sentito il regio sig. procuratore; condannando inoltre nel pagamento delle spese processuali a norma della legge.

Se ne aggravò il condannato perchè pretendeva che la provocazione derivata dalle contumelie vomitate dal Carlina verso del padre, e quelle del pari ingiustamente indirizzate contro di lui, lo avessero collocato in quel grado di scusabilità ch'è additato dall'artic. primo, lettera E e dall'articolo 39 lettera D, del codice de' delitti austriaco allora vigente, per cui o il delitto manca del tutto, o quando pure affatto non manchi, la pena dev'essere mi-

tigata ben al disotto del carcere per otto mesi, che sarebbe in questo caso stata eccedente anche se il fatto fosse stato accompagnato dal sommo dolo.

Ma il signor Trevisan R. Procuratore generale esaminò, conforme al suo istituto, la cosa sott' altro aspetto.

Egli osservò che la mancanza della ispezion giudiziale portava per l'articolo 143 del codice di procedura penale la nullità di tutti gli atti, mentre, mancando la prova del delitto in genere, crollava qualunque mezzo speziale contro della persona di cui era dubbia la imputazione.

Osservò in oltre che non essendosi l'imputato Giovanni Battista presentato nel termine apposto al mandato d'accompagnamento, e verificatosi il caso della contumacia preveduto dal titolo 1°. del libro 3°. del codice di procedura penale, o non dovevasi procedere alla citazione conforme all'articolo 547 senza un ordine del tribunale, o procedendovisi dovevansi tenere le forme prescritte pel processo di contumacia; e quindi non potevasi devenire al giudizio senzachè preceduto vi fosse l' interrogatorio dell'imputato.

Conchiuse perciò che fosse dalla Corte d'appello dichiarata la nullità della procedura, e del giudizio.

Non oppostosi il difensore, la corte pronunciò nel giorno 29 ottobre 1808 la seguente

Decisione testuale.

Visti gli atti impugnati e tutti gli altri atti costituenti la procedura, ed il giudizio dedotto in appello.

Visto l'art. 143 del codice di procedura penale in questi termini:

„ Nei delitti di fatto permanente di giustizia „ correzionale o d'alto criminale deve farsi l'ispe- „ zione giudiziale sotto pena di nullità. "

Visti gli altri articoli 341, 386 del detto codice di procedura penale così concepiti:

„ 341. Se la corte annulla il giudizio per ec- „ cesso di potere o per violazione di forme, annulla „ eziandio quegli atti precedenti che fossero per se „ viziosi, e quelli che quantunque non viziosi fos- „ sero dipendenti dagli atti annullati. "

„ 386. Qualora la sentenza fosse annullata per „ violazióne di forme, la corte pronuncia a norma „ del disposto nell'articolo 341, e rimette la causa „ ad un altro tribunale de' più vicini. "

Considerando che nella causa di cui si tratta non fu eseguita la ispezione giudiziale,

Considerando che la nullità della prova del corpo del delitto derivante dalla mancanza della giudiziale ispezione porta con se la nullità anche di quegli atti che, quantunque per se non viziosi, fossero dipendenti dagli atti annullati, quali sono nel presente caso il mandato d'accompagnamento, la citazione, e il giudizio; ma che gli esami de'testimonj e tutti gli altri atti che sono indipendenti dalla prova del corpo del delitto, non ànno in se alcun motivo di nullità,

Considerando che il sopra citato art. 341 prescrive generalmente che in qualunque caso di violazione di forme, per cui venga annullato un primo giudizio, la corte rimette ad altra autorità pari

alla prima la causa, perchè questa riassuma il processo cominciando dal primo atto viziato di nullità; decidendo la legge in questo modo che in qualunque fatto di azione penale debba sempre la competente autorità pronunciar sopra il merito in regolare giudizio,

Considerando che se per la distanza tra il fatto e la ispezion giudiziale non si potessero per avventura verificar più le tracce del commesso delitto, questa stessa mancanza legalmente comprovata sarebbe da calcolarsi nel giudizio del fatto secondo l'intimo convincimento de'giudizj, senza frattanto abolire il titolo del delitto, nè la relativa procedura,

Considerando che, ritenuta la nullità degli atti sopraenunziati per la ommissione della ispezione giudiziale, diviene inutile qualunque decisione intorno all'altro punto d'essersi proceduto in contumacia fuori delle norme prescritte nel titolo primo del libro terzo del codice di procedura penale, e senzacchè l'interrogatorio dell'imputato fosse assunto prima del dibattimento,

La corte, facendo ragione alla richiesta del ministero pubblico, annulla la procedura nella parte in cui si doveva procedere alla verificazione del fatto mediante ispezione giudiziale; annulla la sentenza 6 ottobre 1808 del tribunale di prima istanza in Chioggia, il mandato d'accompagnamento, e le citazioni ed atti susseguenti; e, ferma la istruzione regolare quanto agli esami de'testimonj, ed agli altri atti, rimette la causa alla sezione correzionale del Dipartimento dell'Adriatico, onde, supplito il difetto della ispezione giudiziale, devenga se vi ha

luogo a nuovo giudizio secondo le forme prescritte dalla legge.

SEZIONE CORREZIONALE.

XVII.

NULLITA' - TESTAMENTO mistico.

E' nullo il testamento mistico, nella cui soprascrizione il notajo abbia ommesso di far menzione che il testatore glielo abbia consegnato chiuso e suggellato, e che abbia dichiarato ch'era da lui sottoscritto.

Codice civile articoli 976, 1001.

Mancò a' vivi nel dì 4 settembre 1807 nella comune di Breganze, dipartimento del Bacchiglione, Giannantonio Dizieretti, lasciando una carta che intitolavasi testamento mistico.

La sua soprascrizione fece nascere la causa presente.

Eccone il testo letterale.

" Regno d'Italia, dipartimento del Bacchiglio-
" ne alle ore 7 circa pomeridiane. Nel nome del

„ Signore, correndo gli anni dalla sua santissima „ nascita 1807, indizione Romana decima, regnan- „ do Napoleone primo imperator de'Francesi, e re „ d'Italia, in giorno di giovedì 3 settembre, in „ Breganze, contrà di Spinedo, distretto quarto „ d'Asiago, cantone secondo di Marostica, in casa „ dell'infrascritto signor Giannantonio Dizieretti „ testatore. Ove e nel qual luogo, ed in una came- „ ra a pian terreno verso la corte, fu a me sotto- „ scritto Gio: Battista Sciessere notajo pubblico „ consegnato dal detto signor Dizieretti testatore, „ possidente, il presente involucro, in cui dichia- „ rò a me nodaro e testimonj (li quali egualmente „ che me nodaro conoscono il suddetto testatore, „ ed essi sono a me cogniti) esservi collocato un fo- „ glio contenente il suo testamento fatto scrivere „ da me nodaro, acciò lo conservi qual testamento „ mistico ne'miei atti, e seguita che sia la sua mor- „ te, aperto e pubblicato coi metodi di legge per la „ sua esecuzione."

Gli eredi legittimi di questo testatore Paolo del fu Antonio, Carlo, Bernardo, ed Antonio del fu Francesco Baldisserotto impugnarono in confronto dell'erede scritto, e de'legatarj questo testamento con citazione 17 maggio 1808 avanti la corte di giustizia del Bacchiglione.

Ne allegavano questi attori la nullità, perchè la soprascrizione mancava di due delle solennità prescritte dall'articolo 976, ed erano 1.° il non essersi dichiarato se l'involto si ritrovasse chiuso e sigillato, o se fosse stato sigillato all'atto della consegna, la qual ommissione lasciava incerto se avesse

potuto essere stato sigillato anche dopo; 2.° il non avere dichiarato il testatore che in quella carta contenevasi il suo testamento scritto per altrui mano, e sottoscritto da lui.

Se qualunque delle formalità, dicevano essi, prescritte nelle due sezioni del codice Napoleone che regolano i testamenti non osservata basta per l' art. 1001 a produrne la nullità, sarà certamente a doppio titolo riconosciuto nullo quello del Dizieretti.

Se ne difendevano gli eredi scritti allegando, che se in fatto il testamento, chiuso nel consegnato involto, era senza dubbio firmato di mano del testatore, dunque la soprascritta conteneva la verità, e quella verità appunto, a comprovare la quale erano dalla legge dirette le comandate formalità. Che quindi il testamento non era nullo, poichè in sè non aveva difetto alcuno.

Ora se il testamento non aveva alcun vizio, non potevasi dire che dal non essere state registrate nella soprascrizione le due circostanze accusate dagli attori divenisse il testamento stesso vizioso, quando poi dal fatto constava pienamente, e che in quell' involto eravi il testamento del Dizieretti, e ch' era da lui sottoscritto, e che non vi era presunzione alcuna nemmeno azzardata che l' involto fosse passato presso il notajo senza sigillo.

Stando i quali fatti, tutta l'accusa riducevasi alla mancanza della menzione nel rogito della soprascrizione. Ma questa sola mancanza non è dalla legge colpita di nullità; dunque non può la domanda venir ammessa.

Nel giorno 23 agosto 1808 la Corte di giustizia del Bacchiglione proferì la seguente

SENTENZA TESTUALE.

Considerando che il mistico testamento rogato il giorno 3 settembre 1807 dal notajo Gio: Battista Sciessere, apparisce sottoscritto dal testatore Giannantonio Dizieretti com'è prescritto dall' art. 976 del codice del regno,

Considerando che bensì l' art. 976 prescrive, che la carta in cui vi saranno le disposizioni testamentarie o quella che servirà d' involucro, quando vi sia, sarà chiusa e suggellata; che il testatore la presenterà chiusa e suggellata al notajo ed alli sei testimonj, ovvero la farà chiudere e suggellare in loro presenza; ma non prescrive altrimenti che il notajo formando l'atto di soprascrizione debba farne di tutto ciò espressa menzione; come d'altronde per li testamenti mistici, per quelli per atto pubblico, e pegli altri di specie diversa la corrispettiva menzione è prescritta dagl' articoli 971, 973, 998 del sullodato codice,

Considerando che per non avere il notajo nell' atto di soprascrizione fatto menzione che l'involto del testamento Dizieretti gli fu dal testatore consegnato chiuso e sigillato, tal ommissione non importa trasgressione di legge mentre che la detta menzione non è dalla legge prescritta,

Considerando che risulta dall' atto di soprascrizione steso dal notajo che il testatore Dizieretti ha consegnato al notajo medesimo l' involucro, ed

ha dichiarato al notajo stesso ed alli testimonj esservi collocato un foglio contenente il suo testamento fatto scrivere dal notajo; ed, apparendo inoltre che il predetto atto è sottoscritto dal testatore e dal notajo unitamente alli testimonj, risulta per conseguenza esaurito quanto è prescritto dal ripetuto articolo 976,

Considerando che avendo il testatore dichiarato che in quell' involucro eravi collocato un foglio contenente il suo testamento fatto scrivere dal notajo Sciessere acciò lo conservasse quale testamento mistico nelli di lui atti, ed affinchè seguita la sua morte fosse aperto e pubblicato colli metodi di legge, così pure risultando che al momento dell'apertura e pubblicazione fu rinvenuto suggellato a sei bollini l'originale suaccennato mistico testamento, ne deriva che sì per la indicazione fatta dal testatore della consegna di detto involucro per esser aperto e pubblicato dopo la di lui morte il contenutovi testamento, apertura la quale non avrebbe potuto aver luogo ove anzicchè un involucro chiuso e suggellato fosse stata una semplice carta dissuggellata ed aperta, sì finalmente per le marcatevi chiusura e suggellazione al momento della seguitane apertura e pubblicazione, in fatto il ripetuto mistico testamento fosse chiuso e suggellato allora che venne dal testatore consegnato al notajo, e che conseguentemente per il fatto sia stata anche in tal parte eseguita la prescrizione portata dall'articolo 976 del codice Napoleone,

Considerando risultare da tuttociò la inapplicabilità al caso in questione del susseguente artico-

lo 1001 giacchè, e per quanto risulta scritto nel menzionato atto di soprascrizione, e per il fatto in se stesso, non si può non convenire ch'è stato osservato il prescritto dal ridetto articolo 976,

La camera prima sezione civile della corte di giustizia ha rigettata la domanda degli attori, ed ha giudicato per conseguenza non farsi luogo alla domandata nullità del mistico testamento del fu Giovanni Antonio Dizieretti stato rogato nel giorno 2 settembre 1807 dal notajo Gio: Battista Sciessere, condannando gli attori nelle spese ec.

Ampliarono gli attori in appello le loro querele facendosi carico di ciascuno de' motivi dell'appellata sentenza.

Confrontata di nuovo la soprascrizione coll'artic. 976 del codice, ne rilevarono più minutamente le assolute mancanze colle deduzioni seguenti.

Ignorasi se il testatore abbia consegnato l' involto già chiuso, se l' abbia chiuso all' atto della consegna, o se sia stato chiuso dappoi; ed in questa ultima possibilità ignorerebbesi se il testamento che all'apertura vi fu rinvenuto, fosse quello stesso che aveva detto il testatore di consegnare. Ecco dunque in questa prima mancanza violata la legge e la ragion della legge.

Ignorasi se il testatore abbia dichiarato che quel testamento fosse da lui sottoscritto; quindi manca di questa sottoscrizione quella certezza che, indipendentemente da prove diverse, la legge esige dalla dichiarazione del testatore. Anche in questo secondo aspetto avvi una insuperabile, e non meno pericolosa contravvenzione.

La sentenza col suo primo motivo ammette, che, apparendo il testamento sottoscritto dal testatore, sia adempiuta la legge; ma la prescrizione di legge non è che cotesta sottoscrizione apparisca; essa vuole che il testatore l'abbia di sua bocca dichiarato alla presenza del notajo e de' testimonj. Da questa dichiarazione ed in questa sola forma espressa, e ricevuta fa dipendere la legge l'autenticità della sottoscrizione.

La interna sottoscrizione del notajo nel testamento mistico o è inutile, perchè come tale egli non vi ha parte, o è viziosa perchè in questo testamento la legge non chiede che quella del testatore. Ultroneo è dunque il secondo motivo.

Non meno fallaci sono il terzo ed il quarto.

Come doveva l'art. 976 imporre la menzione di tutte o ciascuna delle cose in esso ordinate, se prescrive al notajo di farne immediatamente l'atto di soprascrizione, e se all'art. 1001 minaccia la pena di nullità a qualsivoglia inosservanza?

Di tuttociò che in quell'articolo viene prescritto deve constar subito, e deve constare nelle forme dalla legge prescritte. Ora, negandosi da taluno la esecuzione di alcuna di siffatte formalità, donde si trarrebbe la prova che fosse in fatto stata eseguita? Si dovrebbe per avventura istituire altrettanti processi probatorj quante fossero le soprascrizioni difettose, per far constare quelle essenziali circostanze, alla totale esecuzion delle quali la legge aveva provveduto colla soprascrizione?

Che se la ommissione di una o due sole delle prescritte formalità nella soprascrizione non bastas-

se ad annullare il testamento, ne verrebbe di conseguenza che nemmeno la ommissione di tutte fosse bastante; giacchè il più o il meno, ove il tutto può esser viziato pel difetto d'alcuna parte, non importa alterazion di diritto. Ed ecco allora in arbitrio de'notaj il fare o non fare la soprascrizione; il farla più o meno estesa; il rimettere in somma la prova delle formalità ad un genere diverso da quello che la legge vi aveva prescritto.

La menzione pertanto sotto pena di nullità di quanto accompagnar deve l'atto della consegna è così strettamente necessaria, quanto lo è la soprascrizione; la quale in ultima risultanza non è nè può altro essere che la registrazione di queste medesime formalità.

Nè fa ostacolo che il codice stesso agli articoli 971, 973, 977, 979, 998 abbia ordinata la menzione di alcune altre speciali formalità ne' testamenti, per dedurne che, non avendola sotto questo vocabolo ordinata nell'articolo 976, essa non vi sia d'assoluta necessità. Era in questo inutile l'ordinarla; poichè, ordinato l'atto della soprascrizione, ch'esser doveva quello di tutte le circostanze della consegna, sarebbe stato prescrivere due volte la cosa stessa. E come si potrebbe dire da chiunque avesse il suo buon senno: notajo, soprascrivi all'involto tutte le formalità della consegna, ma delle stesse formalità non importa che tu faccia menzione?

Al sesto motivo opposero che la presunzione della chiusura e sigillazione, dedotta dal fatto d'essersi alla morte del testatore ritrovato il suo testamento chiuso e sigillato, non supplisce alla prova

che di ciò risultar doveva dalla soprascrizione ; e che resta sempre incerto se veramente sia stato chiuso prima o dopo la fatta consegna. Cade quindi il settimo che da' precedenti deduce non essere la reclamata soprascrizione contraria all'articolo 976.

Gli appellati sostennero che una penalità non può estendersi fuori de' casi precisamente specificati dalla legge. La menzione delle circostanze accusate non è in particolare dalla legge ordinata ; dunque la loro omissione non può essere colpita di nullità.

La menzione di particolari circostanze, ove la legge la esiga sotto pena di nullità, essa sempre la prescrive come agli articoli 971, 973, 976, 979, 998. Dunque dove non la prescriva appositamente, non si può, senza aggiungere alla legge, irrogarla.

L'accusata soprascrizione è d'altronde conforme alla legge, perchè prova tutte quelle formalità che al testamento mistico son necessarie. Essa prova che nell'involto consegnato dichiarò il testatore contenersi il mistico suo testamento ; questo era indubitatamente da lui sottoscritto ; l'involto fu aperto dal tribunale, riscontratane la integrità ; dunque niente mancava a questo testamento di quanto la legge vuole perchè sia valido.

Ora, se il testamento non ha in se alcun difetto, perchè si vorrà inferirne la nullità dal non essere peravventura stata concepita la soprascrizione secondo la opinion degli attori, quando nessuna formola impreteribile ne venne da legittima autorità mai prescritta ?

Tutte le imposte formalità sono dirette a far

constare della consegna del testamento, della certezza della sottoscrizione del testatore, della sua identità. Nulla di tuttociò può revocarsi in dubbio nel testamento del Dizieretti; e perchè dunque sarà esso annullato?

La corte d'appello pronunciò nel giorno 3 novembre 1808 la seguente

Decisione testuale.

Letto l'articolo 1001 del Codice Napoleone così concepito:

„ Le formalità alle quali sono soggetti i diver-
„ si testamenti in forza delle disposizioni della pre-
„ sente, e della seguente sezione devono essere os-
„ servate sotto pena di nullità."

Considerando che coll'articolo 976 della sezione precedente a quella in cui sta il prenunziato articolo 1001 il testamento mistico viene assoggettato tra le altre alle due essenziali formalità: 1.° che il testatore presenti al notajo ed a sei testimonj almeno, chiusa e sigillata, la carta in cui saranno estese le sue disposizioni e quella che servirà d'involto quando vi sia; e se non fosse chiusa e sigillata, la faccia chiudere in loro presenza; 2.° che il testatore dichiari alla presenza delle stesse persone che il contenuto in quella carta è il suo testamento da esso scritto e sottoscritto, o scritto da un altro e da essa firmato,

Considerando che se la mancanza di alcuna di queste formalità pel surriferito articolo 1001 rende nullo il testamento, è necessario che consti che sia-

no state tutte eseguite, altrimenti la legge sarebbe inutile,

Considerando che il mezzo unico additato dalla legge per far constare di tutte le solennità eseguitesi all'atto della consegna consiste nella soprascrizione che il notajo per lo stesso articolo 976 deve stendere sulla carta medesima,

Considerando che nella soprascrizione apposta al testamento di Giannantonio Dizieretti non ritrovasi fatta menzione delle due sopra indicate solennità; e che quindi non consta secondo la forma della legge se siano state osservate,

Considerando che se si volesse dedurre da qualche altra espressione o circostanza che all'atto della consegna fossero state eseguite le dette essenziali formalità, si sostituirebbero al fatto ed alle forme per comprovarlo prescritte dalla legge delle presunzioni sempre incerte e pericolose, che pure la legge col dettaglio delle sue ordinazioni, colla soprascrizione analoga imposta al notajo, e colla comminata nullità ha voluto escludere,

La Corte ammette l'appellazione interposta; e, riformando la sentenza 23 agosto 1808 della Corte di giustizia del Bacchiglione, ha dichiarato e dichiara nulla la carta di asserto mistico testamento rogata il dì 3 settembre 1807; condannata la parte appellata nelle spese ec.

SEZIONE PRIMA.

XVIII.

OPPOSIZION a vendita d'effetti oppignorati - APPELLABILITA' di sentenza in riguardo al valore - COSTITUZION di Patrocinatore.

1.° L'estimabilità d'una causa vertente sulla proprietà di mobili oppignorati non dipende dalla somma del credito per cui ne fu fatta l'oppignorazione, ma dal valor dei mobili contenziosi: e quindi, se non consta che il loro valore sia inferior a lire 1200, la causa compete alla Corte d'appello, sebbene il credito per cui sono colpiti sia a quella somma inferiore.

2.° L'appellazione in cui siasi costituito un patrocinatore che sia poi stato escluso dagli addetti alla Corte d'appello, quando la parte appellante, di ciò diffidata, non abbiane costituito un'altro che siavi addetto, si rende nulla e come non avvenuta.

Regolamento Organico art. 62.
Codice di Procedura Civile art. 61, e 456.

Marc'Antonio Michiel per titolo creditorio giudicato con sentenza 22 marzo 1808 della giu-

dicatura di pace delle Gambarare, oppignorò alcuni effetti ch'erano nella casa del suo debitore Giovanni Vallerini. Questo credito era inferiore alla somma di lire 1200 italiane, al di sotto della quale l'articolo 62 del regolamento organico esclude il beneficio dell'appellazione nelle cause civili.

Prevalendosi della disposizione del Codice di procedura civile all'art. 608, Paolina Baldan moglie del Vallerini, la quale dal suo primo matrimonio con Angelo Albanese avea de' figli pupilli, ed erane attualmente tutrice, si fece opponente all'oppignorazione dal Michiel praticata; pretendendo che gli effetti da quella colpiti, anzi ch'esser di proprietà del secondo marito Vallerini, il fossero de' suoi pupilli suscetti col primo marito Albanese. Senzacchè si riferiscano le non necessarie deduzioni relativamente a questa proposizione, basterà accennare che la Corte di giustizia dell'Adriatico nel giorno 15 luglio 1808 rigettò l'opposizione colla seguente

Sentenza testuale.

Considerando che la contumaciale sentenza pronunciata li 20 giugno 1805 dalla giudicatura delle Gambarare non quidita gli effetti di proprietaria ragione de' pupilli,

Considerando che per validamente sostenere l'opposizione alla vendita d'effetti oppignorati, si rende indispensabile all'opponente il comprovar fondatamente l'identità e la proprietà di tutti o parte dei medesimi: il che non viene giustificato e comprovato dalla parte attrice,

Considerando che l'odierna contumacia incorsa dalla parte attrice medesima dimostra vieppiù l'insussistenza della fatta opposizione,

La Corte dichiara la contumacia della parte attrice, ed in conseguenza rigetta l'opposizione dalla stessa intrapresa coll' atto 21 maggio 1808 alla vendita degli effetti mobili oppignorati nel domicilio di Gio: Vallerini in esecuzione della sentenza proferita dal giudice di pace delle Gambarare li 22 marzo prossimo passato.

La tutrice Baldan si appellò da questa sentenza, e nel suo atto d'appellazione, a termini del disposto dagli articoli 456, e 61 del codice di procedura civile, costituì il suo patrocinatore: ma ben tosto cessò questi d'appartenere alla Corte d'appello. Per tale motivo il Michiel con atto di citazione provocò la tutrice a costituir in luogo di quello un patrocinatore che addetto fosse ad essa Corte, colla comminatoria ch'egli procederebbe altrimenti per far eliminar l'appellazione come mancante di quel requisito che la legge sotto pena di nullità vi esige.

Nessuna ulterior mossa fece la tutrice. Il perchè, provocata dal Michiel l'Udienza, questa ebbe luogo nel giorno 8 novembre 1808.

Il sostituto al regio procuratore generale concluse, concretando la sua istanza che la Corte d'appello si dichiarasse incompetente a giudicare perchè il credito del Michiel era d'un'entità inferiore a quella per cui l'articolo 62 del regolamento organico permette l'appellazione, cioè non arrivava alla somma delle lire 1200; motivo per cui avrebbe dovuto quest' affare essere stato iniziato innanzi la

giudicatura di pace, e definito innanzi la Corte di giustizia, a termini del sovracitato regolamento.

La Corte d'appello nel giorno 8 novemb. 1808 rese la seguente

DECISIONE TESTUALE.

La Corte, pronunciando prima sopra l'instanza fatta dal sostituto al regio procuratore generale nelle sue conclusioni,

Considerando che si tratta di sentenza della Corte di giustizia dell' Adriatico in punto di proprietà d' effetti oppignorati, dei quali non consta che il valor non ecceda lire 1200 italiane; e non solo non fu dichiarata dalla Corte medesima inappellabile la sua sentenza, ma non fu neppure opposta dalla parte appellata l' inappellabilità della medesima,

Dichiara la sua competenza a decidere sulla citazione della parte appellata oggi cadente: pronunciando sulla quale,

Considerando che la parte appellante fu diffidata coll' atto intimato alla medesima al domicilio da essa eletto a sostituire al patrocinatore che aveva costituito, e che non è addetto a questa Corte d' appello, altro patrocinatore addetto alla medesima; e che non è comparsa sulla citazione fatta alla stessa al domicilio suo nel giorno 18 ottob. decorso,

Dichiara la contumacia della parte appellante come sopra citata; ritiene come non avvenuta l' appellazione; e decreta che la sentenza 15 luglio 1808 della Corte di giustizia dell' Adriatico debba riportar il suo pieno ed intero effetto.

SEZIONE PRIMA.

XIX.

Testamento olografo - Eccesso di potere.

Il presidente del tribunale di prima istanza, cui viene presentato come olografo un testamento perchè esaurisca sul medesimo le operazioni impostegli dall' artic. 1007 del codice Napoleone, non può far cognizione sulla di lui validità, nè restituirlo alla parte, qualificandolo comenullo; ma, qualunque egli siasi, deve eseguir alla lettera il prescritto dal suddetto articolo, restando salvo agl' interessati l' esercizio successivo di qualunque diritto.

Codice Napoleone artic. 1007.

Margarita Marcolini presentossi al primo Presidente della Corte di giustizia del Tagliamento con una disposizione datata primo maggio 1800, e tutta scritta e sottoscritta di pugno del di lei marito Paolo Genovese, morto nel giorno 8 aprile 1808 senza figli. Siccome era dessa in tal carta instituita erede, così domandò, coll'appoggio degli art. 1007; e 1008 del codice Napoleone, l'erezione del processo verbale di presentazion e descrizione di quel da lei intitolato olografo testamento, il deposito del

medesimo presso un notajo, e la sua conseguente immissione in possesso.

Rigettò il primo Presidente la di lei instanza, ed espresse nel suo decreto 10 ottobre 1808 di non considerare come olografo testamento lo scritto di Paolo Genovese che portava una data anteriore piucchè di sei anni alla pubblicazion ed attivazione del codice Napoleone.

Reclamò la vedova alla Corte d'appello. Il primo Presidente, diss'ella, considerò nullo il testamento d'un uomo, che, se scrisse nel 1800 la sua disposizione, sopravvisse peraltro senza cambiarla fino al 1808. S'egli è vero che nel decidere della validità dei testamenti abbiasi riguardo non al giorno della facitura dell'atto, ma bensì a quello della morte del testatore, sarà pur vero che l'olografo da me presentato debba considerarsi efficace: ma, checchè di ciò sia, non v'ha dubbio che il primo presidente non doveva in questa cognizione di diritto ingerirsi. Essa dev'essere riservata a' tribunali dietro al reclamo che ne portassero gl'interessati, e previa la regolarità d'un formale giudizio: mentre la legge a lui non altra ispezione attribuisce che quella d'aprir e descrivere lo stato materiale della carta, di delegare un notajo che la riceva in deposito, e d'immetter l'erede nel possesso: restando poi salvo d'altronde l'esercizio di qualunque azione a chi si credesse d'averla, esperibile sempre colla giudiziaria trafila secondo le norme prescritte dal codice di civil procedura.

Nell'udienza 9 dicembre 1808 la Corte d'appello sopra rapporto scritto, e dietro le conclusioni

del suo regio Procuratore generale favorevoli alla vedova, pronunciò la seguente

Decisione testuale.

Considerando che Paolo Genovese è mancato a' vivi li 8 aprile decorso, dopo la pubblicazion del Codice Napoleone,

Considerando che per l'art. 1007 del Codice stesso il presidente del tribunale di prima istanza, all'atto della presentazione che gli venga fatta d'una carta come testamento olografo, non deve far cognizione della sua validità, ma deve unicamente aprirlo, se sigillato, estender processo verbale della presentazione, dell'apertura, e dello stato del testamento, ed ordinarne il deposito presso un notajo da lui deputato,

La Corte annulla il decreto 10 ottobre 1808 del primo Presidente della Corte di giustizia del Tagliamento, come pronunciato con eccesso di potere; ed ordina che, qualora nuovamente si presenti dalla ricorrente al presidente stesso la carta da essa qualificata testamento olografo del marito, debba il presidente letteralmente eseguire il prescritto dal detto articolo 1007: salvi poi tutti gli effetti di giustizia, e le ragioni di chiunque.

Sezione Prima.

XX.

Citazione - Nullità - Domicilio (indicazione di).

La citazione non è nulla perchè, indicata giustamente nella relazione dell'Usciere la situazione dell'abitazione del citato, siasi solo sbagliato il numero, e la parrocchia; e perchè, indicata la persona, a cui fu intimata, col nome, e colla qualità di domestico del citato, non siasi aggiunto il cognome.

Codice di procedura civile art. 61, §. 2.

A cauzione di un credito di lire 2701 : 67 dipendente da quattro cambiali del dì 16 ottobre 1804 tutte a debito di Antonio Savorgnan, aveva il creditore Francesco Zignolo il dì 21 maggio 1808 fatto eseguire un sequestro in mano di molti creduti debitori verso il suo debitore, de' quali uno era Giulio Savorgnan, che per un estessissimo acquisto di beni-fondi tratteneva presso di se un rilevante residuo di prezzo.

Aveva lo stesso Zignolo con atto 25 maggio medesimo denonciato a codesti sequestratarj la ci-

tazione per la conferma de' sequestri, ed erane il dì 2 giugno seguita la relativa condannatoria sentenza al tribunal commerciale.

Intimata questa il dì 25 giugno al debitore, rivolse il Zignolo il dì 5 luglio la sua citazione ai sequestratarj a comparire avanti alla Corte di giustizia del Dipartimento dell' adriatico per ivi fare, e confermare con giuramento la dichiarazione di tuttociò che per qualsivoglia titolo essi dovessero al signor Antonio Savorgnan, colla comminatoria che, non comparendo, sarebbero essi dichiarati debitori puri e semplici a termini dell'art. 577 del codice di procedura civile.

Tutti, tranne Giulio Savorgnan, fecero le loro dichiarazioni, dalle quali appariva non aver essi alcun debito.

Contro dunque del contumace Giulio suddetto fu dalla Corte di Giustizia dell' Adriatico pronunciata nel dì 14 luglio 1808 la seguente

Sentenza testuale.

Considerando che per parte dell' attore è stato praticato il dì 21 scorso maggio sequestro nelle mani del convenuto a pregiudizio di Antonio Savorgnan, e che questo è stato confermato colla sentenza 2 giugno susseguente,

Considerando che il suddetto reo convenuto è stato debitamente citato colla citazione 5 luglio corrente a fare la dichiarazione di metodo coll' alternativa d'esser altrimenti dichiarato debitore puro e semplice a termini dell' articolo 577 del codice di procedura civile, e che in fatto è contumace.

Visto l' articolo sopracitato 577 del codice di procedura civile, la Corte dichiara il reo convenuto debitore puro e semplice della somma importata dal sequestro, di cui si tratta; in conseguenza lo condanna a pagare all'attore la somma delle italiane lire 2701:67 interessi e spese per le quali si è proceduto al sequestro 21 maggio decorso.

Dietro la seguitane intimazione, si costituì opponente Giulio Savorgnan appoggiandosi alla irregolarità della citazione.

La contumaciale sentenza, egli diceva, apparisce fondata sopra una citazione 5 luglio. Questa indica esso opponente come domiciliato in contrada di S. Felice a Santa Catterina al civico n.° 4775, quando egli abita a Santa Sofia in calle Zanardi al n.° 4472. Non intimata pertanto nè alla persona, perchè da sei mesi assente, nè al domicilio perchè in fatto diverso, la citazione è come non avvenuta; e però chiedeva d'essere liberato dalle condanne della proferita contumaciale, salvo all'attore il ripigliare regolarmente ogni creduta sua azione.

Dimostrò all' opposto lo Zignolo che, sebbene fosse corso errore nel numero, era però certo che Giulio Savorgnan abitava in un palazzo in faccia la Chiesa di S. Catterina al numero 4472; e che poi appariva da qualche atto anteriore, tanto emesso dalli patrocinatori del medesimo Savorgnan, quanto contro di lui, che ora la di lui abitazione indicavasi a S. Sofia contrada di S. Catterina, ora S. Catterina, le quali contrade erano conterminanti, e si confondevano colla parrocchia di S. Felice. Dimostrò in fine che la combattuta citazione era stata

intimata ad un domestico del Savorgnan di nome Felice, che senza dubbio abitava nella sua casa.

Non comparve l'opponente all'udienza, e con altra contumaciale 10 ottobre 1808 fu dichiarata come non avvenuta la sua opposizione.

Se ne appellò egli, e, sviluppando maggiormente le già addotte eccezioni, ne chiese la riforma.

Sostenne che, prescrivendo la legge che la citazione sotto pena di nullità indichi il nome, e l'abitazione del reo, e la persona a cui si deve rilasciarla, non si possano ammettere nè errori nel domicilio, nè equivoci nella persona cui venga intimata.

Deve fuori d'ogni dubbio constare che il reo sia stato intimato; ma ciò non risulta da una relazione fatta ad un domicilio che non è quello dell'intimato, e ad un nome senza il cognome, che si qualifica per suo domestico.

Dunque la citazione 5 luglio contiene in se stessa due insanabili nullità.

Parecchj altri sequestri ricevette Giulio Savorgnan per debiti dello stesso Antonio, nè tardò a far le dovute dichiarazioni. Non fece questa perchè non aveva avuta la legittima citazione. E perchè avrebbe voluto scientemente esporsi ad un pericolo tante altre volte da lui evitato, e che con tanta facilità avrebbe parimenti potuto evitare?

Se lasciò egli altre volte correre in qualche atto ad esso intimato una simile indicazione del suo domicilio, o se qualche suo procuratore egualmente sbagliò, ciò non altera il fatto; nè l'aver egli sorpassato altre volte, ed in confronto d' altre persone

i proprj diritti, gli toglie di poterli in questo caso esercitare.

Ma finalmente la condanna contro il renitente sequestratario è la pena del suo silenzio; nè il silenzio è mai colpa se la manifestazione non fu provocata, e se non lo fu colla solennità della legge.

Non fu l'appellante colpevole perchè non fu debitamente citato; non deve egli adunque senza colpa subire una pena.

Diceva l'appellato che se la legge ricerca sotto pena di nullità la certezza della intimazione al citato, questa certezza appunto sostiene la giustizia dell' appellata sentenza.

Certo è infatti che l'abitazione Savorgnan è a Santa Catterina, sebbene l'usciere abbia indicata questa situazione piuttosto sotto la parrocchia di S. Felice, che sotto quella di S. Sofia; certo è che la citazione fu portata al domicilio Savorgnan, quantunque il numero sia stato sbagliato, perchè fu lasciata ad un suo domestico di nome Felice; certo è che questo Felice, di cognome Songora, era ed è domestico del Savorgnan; certo è in fine che, indicata l'abitazione, e nominata la persona a cui fu intimata la citazione, la legge, che non esige nè la precisione della parrocchia, nè quella della persona oltre al nome, ed alla qualità che la rende capace a ricevere la citazione, è del tutto soddisfatta; nè estender puossi oltre alle sue prescrizioni, ed al suo oggetto, la nullità.

Dietro alle premesse deduzioni la Corte d'appello pronunziò nel giorno 2 dec. 1808 la seguente

DECISIONE TESTUALE.

Considerando che la citazione 5 luglio 1808 praticata dallo Zignolo al Savorgnan consta fatta all' abitazione d'esso Savorgnan nella mano del di lui domestico indicato per nome, e indicato per servigio, l'esistenza del quale è provata,

Considerando che la indicazione della parrocchia e del numero della casa non è prescritta dalla legge, e non è necessaria tostocchè venga precisato il domicilio,

Considerando emergere in oltre che il Savorgnan in molti atti giudiziarj si sia qualificato egli stesso più volte abitante a S. Catterina come lo qualificò la citazione suddetta,

La Corte rigetta l'appellazione, e confermando la sentenza 10 ottobre 1808 della Corte di giustizia dell' Adriatico, decreta che sia la stessa eseguita.

Sezione Prima.

XXI.

Testamento per atto pubblico - **Nullità** - **Menzione** espressa che il notajo abbia scritto.

Non avendo il notajo fatta precisamente l'espressa menzione d'aver egli scritto il testamento per atto pubblico dettato dal testatore, non può ammettersi di questo fatto alcuna prova che sia fuori dell'atto, nè può esservi supplito con induzioni ancorchè probabili.

Codice civile articoli 972, 1001.

Valentino Trombetta nel giorno 18 dicembre 1807 testò per atto pubblico, lasciando la sua porzion disponibile, cioè la metà della facoltà sua, al proprio fratello Pompilio in rimunerazione a ricevute assistenze; e lasciando l' altra porzione a Valentino de Simon figlio di Giulia unica figlia del testatore, a quell'epoca defonta. Il testamento fu così concepito. *Costituito innanzi me pubblico notajo e testimonj sottoscritti il signor Valentino qu. Silvestro Trombetta .... ha fatto e dettato il suo testamento come segue*, e fu poi chiuso in questo modo. *Così fatto e pronunciato dal testatore a me*

notajo in presenza ec. . . . dopo di che il presente testamento è stato letto per intiero da me notajo, alla presenza de' testimonj sottoscritti, al testatore, che ha dichiarato d' averlo ben capito e di persistere nella fatta disposizione.

Felice di Simon tutore del proprio figlio Valentino impugnò il testamento. Per l'articolo 972 del codice Napoleone, diss'egli, il testamento per atto pubblico ricevuto da un solo notajo *debbe essere dettato dal testatore e scritto da questo notaro, e di tuttociò si deve far espressa menzione*. La contravvenzione è irremissibilmente punita dall' articolo 1001 colla *pena di nullità*. Ora nullo è certamente il testamento del defonto Trombetta, dacchè il notajo Zamboni che l' ha rogato fece bensì menzione espressa d'averlo *dettato* il testatore, ma non la fece altrimenti d' aver egli *scritto*. E certamente dove la legge esige una material certezza di scrittura, non può farsi luogo a ragionamenti di verosimiglianza, di credibilità, nè ricorrere a cercar supplementi d'estranee prove, se quella manchi che la legge esige nell' atto. Così infatti in casi del tutto identici le più riputate Corti d' appello, e la stessa Corte di cassazione dell' Impero Francese più fiate han deciso; e così hanno concordemente ritenuto i più sani autori che si occuparono intorno la moderna legislazione.

Difendendo Pompilio Trombetta nel testamento il suo remuneratorio legato, osservò che la menzione espressa della scritturazione fatta dal notajo si trovava nel rogito, giacchè bastava rinunziar alla cavillosa pretesa d'una superstiziosa formalità di

parole per trovarla chiara nell'altra espressa menzione che il testatore avea *dettato al notajo*. Se infatti questo notajo incominciò collo scrivere che il testatore *ha fatto e dettato il suo testamento come segue*, se terminò scrivendo - *così fatto e pronunciato dal testatore a me notajo* - e più innanzi - *è stato letto per intiero da me notajo al testatore* - qual uomo potrà negare di sentirsi invincibilmente costretto da tali espressioni ad intendere che il notajo stesso effettivamente abbia scritto quel testamento sotto dettatura del testatore? Quando si dice che taluno *detta a me*, non è possibile il non concepir tosto l'idea ch'*io scriva ciò ch'egli mi detta*: giacchè se un'altro invece mia scrivesse, non sarebbe più *a me*, ma bensì *a quell'altro* ch' egli dettasse. E, tostochè la legge non prescrisse sacramentalmente le formali parole colle quali farsi debba nel rogito una tal espressa menzione, basterà ch'ella vi si ritrovi fatta in qualunque modo purchè sufficiente, com' è in questo caso, a farla conoscere. Già c'insegnò l'art. 1320 del codice Napoleone che l'atto autentico, come anche la privata scrittura, fan piena prova di quelle cose eziandio che non furono espresse se non in modo enunciativo. Ed invero qual altro è il grande unico oggetto della legge in prescrivere l' espressa menzione se non quello d' assicurar l' identità della disposizione? E questa non vedesi ella nel rogito di cui si tratta assicurata pienamente? Infatti egli è fuor di dubbio (poichè gli stessi attori nol niegano) che effettivamente il testamento del Trombetta fu scritto dal notajo rogante: e di questo fatto permanente e de-

cisivo può il tribunale anche ordinare, ognor che gli piaccia, la prova con que'mezzi che la legge addita e che alla di lui autorità sono pronti.

A queste contestazioni successe nel giorno 24 agosto 1808 la seguente

SENTENZA TESTUALE

Della Corte di giustizia del Passariano, dietro le conformi conclusioni del suo regio procuratore generale.

Considerando che per l' artic. 972 del codice Napoleone il testamento per atto pubblico non solo dev' essere dettato dal testatore al notajo e scritto da questo notajo, ma che inoltre di tutto deve farsi espressa menzione,

Considerando che questa parola *tutto* abbraccia necessariamente tuttociò che la precede, e per conseguenza tanto l'espressa menzione della dettatura, quanto l' espressa menzione del fatto che il notajo scrisse il testamento,

Considerando che per l' artic. 1001 del codice Napoleone le formalità alle quali sono soggetti i testamenti devon essere osservate sotto pena di nullità,

Considerando che nel testamento per atto autentico 18 decembre 1807 di Valentino qu. Silvestro Trombetta non v' è l' espressa menzione che sia stato scritto dal notajo Giovanni Zamboni,

Considerando che ove la legge ricerca un' espressa menzione della scrittura, essa non può stabilirsi per induzione senza contravvenire al testo della legge medesima,

Considerando che perciò nulla rileva tutto quello che fu introdotto in giudizio dal reo convenuto, onde inferire che fu veramente scritto il testamento dal notajo Zamboni,

La Corte dichiara nullo e di nessun valore il testamento del defunto Valentino Trombetta ec.

Rammentò appellando il soccombente Trombetta gli assiomi legali. *Expressum dicitur quod ex expressis necessario colligitur. Pro expresso habetur quidquid expresso est consequens*; e, ripetendo le deduzioni fatte in prima istanza, conchiuse che dalle usate parole raccoglievasi necessariamente il fatto che il notajo avesse scritto il testamento, come fatto conseguente all'espresso fatto della dettatura del testatore ad esso notajo: e che pertanto dovea ritenersi del tutto l'espressa menzione. Aggiunse a convalidazione di quest' assunto due altre riflessioni. Che il testamento era scritto in tal modo in cui tanto il testatore quanto il notajo parlavano entrambi rispettivamente in persona prima; locchè val certamente a dinotar il fatto ch' entrambi agivano, dettando l'uno, e l'altro scrivendo. Che finalmente la revoca dei precedenti testamenti eravi scritta in tal modo — *annullando ogn' altro testamento, e segnatamente quello 17 dicembre corrente, rogato in atti di me notajo sottoscritto*; locchè parimenti dimostra che il notajo stesso era lo scrittore della disposizione: giacchè se lo scrittore fosse stato un terzo, non avrebbe mai espresso *rogato in atti di me notajo sottoscritto*, ma bensì *rogato in atti del notajo Zamboni*.

L'appellato nulla introdusse che detto dappri-

ma o da lui non si fosse, o dalle motivazioni della favorevol sentenza di prima instanza.

La Corte d'appello, sulle conformi conclusioni del suo regio procuratore generale, rese nel giorno 27 dicembre 1808 la seguente

DECISIONE TESTUALE.

Considerando che per esecuzione dell' art. 972 del codice Napoleone non basta che il testamento per atto pubblico sia stato dettato dal testatore al notajo e che sia scritto dal notajo ne' termini stessi ne' quali gli viene dettato e sia poi letto al testatore in presenza de'testimonj, ma deve inoltre di tutto ciò farsi espressa menzione,

Considerando che l' articolo 1001 del codice stesso prescrive che le formalità alle quali sono soggetti i diversi testamenti in forza delle disposizioni della sezione nella quale sono compresi i detti articoli, e della precedente, devon essere osservate sotto pena di nullità,

Considerando che nel preteso testamento 18 dicembre 1807 del fu Valentino Trombetta è fatta bensì espressa menzione della dettatura colle parole — *ha fatto e dettato il suo testamento come segue* — e colle altre — *così fatto e pronunciato dal testatore a me notajo*, e poi della lettura del medesimo fatta dal notajo al testatore alla presenza dei testimonj; ma non è fatta menzione espressa che il testamento sia stato scritto dal notajo rogante, non essendovi nel testamento nè la parola *scritto da me notajo*, nè altra parola sinonima ed equivalente ch' esprima l' atto della scrizione,

Considerando che ove la legge esige *menzione espressa* nell'atto, non può ammettersi alcun'altra prova fuori dell'atto, nè può esservi supplito dal giudice con induzioni probabili che potrebbero esser fallaci.

La Corte rigetta l'appellazione ec.

Sezione Prima.

XXII.

TUTORE surrogato - CAUSA pupillare.

Il tutor surrogato può essere autorizzato dal consiglio di famiglia ad introdurre una causa pel suo pupillo, malgrado che non si verifichi una diretta opposizione d'interesse tra il pupillo stesso, ed il tutore principale.

Codice civile art. 420, 464.
Codice di procedura civile art. 186.

Con testamento del 1802 Francesco Forzadura nominò due commissarj testamentarj ad Eleonora di lui figlia minorenne, e pregò il di lui cognato Clemente Rosa di prestare assistenza alla nominata figlia, massime nel caso, che i commissarj fossero mancanti.

Eravi nella famiglia Forzadura un fedecommesso instituito nel 1693, cui pretendeva Niccolò Vigodarzere. I commissarj sostennero, che non doveva aver luogo la chiesta vendicatoria, finchè eravi la possibilità, che dalla figlia Eleonora venisse procreato alcun maschio. Giudizj conformi hanno rigettata questa difesa, alla quale soltanto cotesti

commissarj eransi attenuti. Nel 1807 si unisce il consiglio di famiglia, e si elegge a tutor surrogato quel medesimo Clemente Rosa, a cui il testatore Forzadura aveva raccomandata la minorenne Eleonora. Vien egli autorizzato a proporre in giudizio l' azione propria della pupilla, di succeder essa al detto fedecommesso a preferenza del Vigodarzere nel caso successo della mancanza del di lei padre senza maschj come unica femmina esistente della discendenza mascolina Forzadura.

Alla citazione così conformata oppose Vigodarzere, che i giudizj ch' eransi pronunciati a di lui favore escludevano dal fedecommesso anche la persona di Eleonora; e nelle conclusioni all' udienza aggiunse ancora che, non verificandosi il caso contemplato dal codice Napoleone all' articolo 420 per il conflitto d' interesse tra il tutore, e la minorenne, il tutor surrogato non poteva essere autorizzato a rappresentare in giudizio la pupilla.

La Corte del Brenta, di conformità alle conclusioni del suo regio procuratore generale nel giorno 9 settembre 1808, ha rigettata la domanda colla seguente

Sentenza testuale.

Considerando che le funzioni del tutor surrogato ad agire per li minori sono circoscritte al caso che gl'interessi dei minori sieno in opposizione con quelli del tutore;

Considerando, che nella citazione nessuna opposizione risulta fra gl' interessi dei commissarj testamentarj nominati, e prescelti da Francesco For-

zadura testatore 1804, e fra quelli della pupilla; la Corte giudica e pronuncia improcedibile la domanda del sig. Clemente Rosa nella qualità di tutor surrogato.

Appellatosi il tutor surrogato, diceva: Francesco Forzadura col suo testamento nel 1804 ha prevenuto la disposizione del Codice Napoleone, volendo che, quando i commissarj da lui nominati mancassero, avesse il Rosa a prestare la di lui assistenza alla minorenne Eleonora. Essi hanno mancato, mentre a fronte della domanda del Vigodarzere per conseguire il fedecommesso nel caso successo della mancanza dell'ultimo maschio Forzadura padre della pupilla, invece di proporre che appunto in tal caso era chiamata la stessa pupilla, hanno anzi confessato ch'ella non avesse vocazione alcuna al fedecommesso, poichè opposero soltanto un eccezione dilatoria, tentando di dimostrare che i diritti fideicommissarj del Vigodarzere dovevano ritenersi in sospeso, finchè fosse perduta per la speranza che da Eleonora femmina Forzadura esistente al tempo del caso nascessero figli maschj.

I tutori testamentarj hanno con ciò pregiudicata l'azione della pupilla; e qualora ciò nonostante fosse in seguito questa e proposta ed ammessa, il nuovo giudizio che sortisse a lei favorevole non farebbe che provar viemaggiormente quanto malamente essi difesa avessero la loro pupilla nel precedente giudizio, e gli avrebbe esposti al pericolo d'un risarcimento verso la medesima.

Il promuovere la nuova causa stava in diretta opposizione coll' interesse di que' tutori. Infatti o

non si sarebbero indotti a proporla, o, se pur indotti vi si fossero, non l'avrebbero virilmente ed utilmente sostenuta contro la stessa lor opinione già spiegata nell' antecedente giudizio.

D'altronde anche senza questa circostanza (la qual da se sola pur basta a provar l'applicabilità dell' art. 420 del codice Napoleone al caso) il consiglio di famiglia, il quale far dee cognizione se giovi al pupillo l'introdurre una lite, e deve autorizzar nel caso affermativo il tutore a proporla, qualunque volta abbia giusto motivo di credere che al miglior interesse del pupillo sia più conferente ed adattata l'opera del tutor surrogato, può con una special deliberazione autorizzar questo invece del tutor principale. Non v' ha legge che il vieti; e piuttosto potrebbe anzi dirsi che, secondo lo spirito della legislazione esaminata ne' suoi oggetti e nel complesso delle sue disposizioni, il consiglio di famiglia, cui s'appartiene il nominare sopravvegliare i tutori, e l'autorizzarli o no a promuover e sostenere le liti di caso in caso, sia egli il vero tutor abituale, il quale ne'singoli casi può, anzi deve delegar la sua autorità a chi e come crede più opportuno, e di maggior interesse pel suo pupillo.

Finalmente, siccome se non sopravveniva la disposizion del codice Napoleone non v' ha dubbio che Clemente Rosa sarebbe stato autorizzato dal testamento del padre della pupilla a supplire alla mancanza dei commissarj, così è ben evidente che il consiglio di famiglia nell' autorizzar, come fece, lo stesso Rosa ha lodevolmente secondata la previdenza e la fiducia del testatore medesimo.

Il reo convenuto, ritenendo la material intelligenza dell' artic. 420 del codice Napoleone qual era stata ammessa dalla sentenza di prima istanza, nulla di nuovo aggiunse che meriti d' essere particolarmente riferito.

Il pubblico ministero presso la Corte d'Appello domandò la riforma di quella sentenza, e conforme alle di lui conclusioni nel giorno 31 gennajo 1809 essa Corte ha resa la seguente

DECISIONE TESTUALE.

Considerando che il signor Clemente Rosa zio materno della pupilla Eleonora Forzadura qu. Francesco, pregato dal di lei padre nel suo testamento 5 luglio 1802 di prestare la sua assistenza alla medesima in tutto ciò che credesse, massime se mai fossero mancanti i suoi commissarj testamentarj, è stato nominato tutore surrogato della stessa dal consiglio di famiglia 2 giugno 1807 ad introdurre in giudizio l' azion personale di essa pupilla al fedecommesso instituito dal qu. Francesco Forzadura seniore col suo testamento 4 ottobre 1693, rilevato li 7 maggio 1801;

Considerando che oltre le funzioni attribuite al tutor surrogato nell' articolo 420 del codice Napoleone, altre ne sono attribuite al medesimo dallo stesso codice per maggior presidio dell'interesse dei pupilli, e che se nell' articolo 464 del detto codice è vietato ad ogni tutore d' intentare alcuna azione in giudicio relativa ai diritti del minore sopra beni stabili senza l' autorizzazione del consiglio di famiglia, non è però vietato al consiglio di famiglia nè

da questo, nè da alcun altro articolo del detto codice, d'autorizzare il tutor surrogato piuttostochè il tutor principale, qualora lo creda più conveniente all' interesse del minore;

Considerando che nel caso in quistione, trattandosi di un' azione che poteva proporsi, e non fu proposta dai commissarj testamentarj del qu. Francesco a difesa della pupilla nella pendenza proposta dal sig. Niccolò Vigodarzere, ed a di lui favore decisa colle due sentenze conformi 16 agosto, e 14 novembre 1805 sul fedecommesso suddetto, l'esercizio di questa azione veniva ad essere in qualche modo in opposizione all' interesse de' tutori principali, che, qualunque possa essere la loro giustificazione, qualora fosse ammessa l' azione della pupilla, potrebbero essere esposti almeno alla molestia d' una lite, e che d' altronde non essendo stati persuasi di proporla, non avrebbero potuto sostenerla così utilmente, e virilmente come può farlo il tutor surrogato,

Considerando in oltre che, proposta dal tutor surrogato l' azione della pupilla come nella sua citazione 3 febbraro 1808, fu contrapposta dal Vigodarzere colla sua dimanda incidentale 22 marzo 1808 la sola eccezione perentoria della cosa giudicata, e solo all'udienza in fine del contradditorio fu opposta l' altra eccezione dilatoria, che il Rosa non potesse star in giudizio in qualità di tutor surrogato; quantunque per l'articolo 186 del codice di procedura civile, l' eccezioni dilatorie dovessero proporsi simultaneamente, e prima di ogn' altra ragione di merito,

La Corte ammette l'appellazione, e, revocando la sentenza 9 settembre 1808 della Corte di giustizia del Brenta, ha giudicato, che il sig. Clemente Rosa tutore surrogato della pupilla Eleonora Forzadura può star in giudizio per la medesima, ed esercitare in confronto dell' appellato signor Vigodarzere l' azione per cui fu autorizzato dal consiglio di famiglia 2 giugno 1807, nei modi però e forme di ragione e di legge.

Sezione Prima.

XXIII.

Rinunzie a futura successione anteriori all' attivazione del Codice Napoleone fatte per occasione di matrimonj - Successione.

1.° Le rinuncie delle donne maritate fatte anteriormente all' attivazione del Codice Napoleone, semprecchè riguardate come contratto possano esser sussistenti a termini di ragione, sono operative, ed efficaci anche per le azioni di successione che si verificassero in forza del Codice stesso, qualora anche queste sieno comprese nelle rinuncie.

2.° Le dette rinuncie, riguardate come contratto, devono considerarsi sussistenti a termini di ragione, qualora dal rinunciante, o da' suoi eredi non sia proposto, e provato che sieno lesive, od estorte, o sedotte, o nulle per altro titolo che a termini di ragione renda insussistente il contratto.

3.° Una rinuncia per se ed eredi *a tutti i beni paterni, materni, di zii, e zie, fraterni, e sororiali, e di qualunque natura, spettanti, e che in avvenire spettare, e pervenir potessero, anche per successione ab intestato, eccettuati soltanto que' legati, sostituzioni, e benefizj che per l'avvenire fossero fatti alle rinuncianti, o*

suoi eredi con documenti , od altre carte che specificatamente li beneficassero, comprende tutte le azioni future di successione intestata che si verificassero tanto per causa *de præsenti*, quanto per causa *de futuro* , tanto prevedute , che non prevedute; massime trattandosi d'interpretare una rinuncia fatta in tempo in cui per costante consuetudine Veneta erano introdotte , e protette tali rinuncie, all'oggetto di conservare nelle famiglie , da cui si staccavano le donne maritate e dotate , i loro patrimonj.

Legge VI thermidor - anno V.

Mancò di vita senza figli, e senza testamento nel giorno 17 giugno 1807 il sig. Gio: Pesaro del fu Leonardo già Veneto Patrizio. La di lui eredità fu occupata dal solo sig. Pietro suo fratello, benchè esistessero alcune sorelle comuni ed i figli di altre sorelle premorte , che tutti , in forza delle disposizioni vigenti del Codice Napoleone, avrebbero avuto il diritto di consuccedere con lui nell'eredità del fratello, e rispettivamente del zio. Tutte le sorelle però al tempo dei rispettivi loro matrimonj seguiti in sussistenza della Repubblica Veneta, avevano fatto, a norma della consuetudine allora vigente , una generale cessione, o rinuncia per se ed eredi al

padre, e suoi eredi d'ogni loro azione, anche di successione intestata, ed anche nominatamente, e di zii, e zie che avesse potuto in avvenire verificarsi a loro favore.

I soli che, nonostante una tale rinuncia, si presentarono in giudizio per compartecipare all' eredità stessa col loro zio, furono i signori Antonio, e Catterina da Mulla, figli, ed eredi della fu signora Maria Pesaro sorella del defunto, maritata, e rinunciante nell' anno 1736.

Con citazione 27 febbraro 1807 i suddetti da Mula hanno proposto avanti la Corte di giustizia di Venezia, che ad essi competeva l'azione di succedere per la loro contingente porzione nella facoltà intestata del loro zio Gio: Pesaro a norma dell' art. 710 del codice Napoleone, non facendo ostacolo al beneficio del diritto conferito dalla nuova sovrana legislazione la carta di rinuncia, e quietanza fatta dalla madre loro li 27 agosto 1736, ch'era stata loro opposta dal zio Pietro nel processo verbale di non seguita conciliazione.

Si è difeso il zio con la sua scrittura 22 marzo 1808, sostenendo che anzi la rinuncia suddetta ostava all'esercizio dell'azione da loro proposta, compresa essendo anch'essa nella medesima; che questa rinuncia fatta sulla fede delle consuetudini, e sotto la protezione delle leggi d' allora, non fu abrogata dalle leggi nuove, ed anzi fu preservata nel suo primitivo vigore dalla legge 6 thermidor anno V, che espressamente prescrive che le rinuncie fatte a simili diritti dalle donne maritate saranno operative, ed efficaci, sempre che, riguardate come contratto,

possano essere sussistenti a termini di ragione: perlocchè finalmente, non avendo gli attori potuto, nè potendo mai spiegar reclamo alcuno contro la rinuncia suddetta, devesi la medesima ritenere sussistente a termini di ragione. La carta di rinuncia era concepita ne' seguenti termini:

Comparsa in atti di me notajo alla presenza degl' infrascritti testimonj la nobil donna Maria Pesaro, e, previo un divoto rendimento di grazie a detto nobil uomo suo padre per tante beneficenze da esso ricevute e ch'è per conseguire, per se, eredi, e successori suoi, spontaneamente, non da alcuno sedotta, ma di sua pura spontanea volontà, informata prima per me notaro dell' importanza dell' istromento presente, ha cesso, e liberamente rinonciato, siccome per vigor del presente pubblico istromento cede e liberamente rinuncia al detto nobil uomo Lunardo Pesaro suo venerato genitore, benchè absente, ma me notaro per lui, suoi eredi, e successori accettante, tutti e cadauni i beni paterni, materni, aviti, proaviti, di zii, e zie, fraterni, e sororiali, e di cadauna altra sorte, e natura a detta nobil donna Maria spettanti, e che in avvenire spettar, e pervenir le potessero, così per via di successione ab intestato, come per testamento, codicilli, donazioni, caducità, fedecommessi ascendenti, trasversali, e collaterali, e per qualunque altra causa, niuna eccettuata; quali tutti da ora in avvenire restino a detto nobil uomo suo padre totalmente trasferiti, e devoluti, e disponer ne possa ad ogni suo libero piacer, e comodo, senza ostacolo, o contraddizione di chi si

sia persona o persone, e specialmente di detta nobil donna Maria, ed eredi suoi: Che perciò viene dalla medesima posto in ogni di lei ragione, azione, luogo, stato & essere, costituendolo suo procuratore irrevocabile come in cosa propria, e facendogliene per se, eredi ec. pubblica, e solenne quietanza perpetua final, ed irrevocabile, con promessa di mai più in alcun tempo pretendere cosa alcuna.

Dichiarandosi però che non s' intendono compresi nella presente cessione e rinonzia quelli legati, che per l' avvenire venissero fatti a detta nobil donna Maria da congiunti ed altri, quali restino totalmente esclusi, e de' quali possa ella disponer a suo piacere, come pure quelle sostituzioni e beneficj, che per l' avvenire potessero esser fatti da chi si sia a detta nobil donna Maria, ed eredi suoi con testamenti od altre carte, che specificatamente benificassero essa nobil donna, o suoi eredi.

Gli attori nella loro scrittura di risposta 16 maggio 1808 hanno sostenuto principalmente che l'opposta carta di rinuncia comprende bensì tutti li casi presenti e futuri, niuno eccettuato, che potevano esser immaginati in dipendenza di quel governo, e di quella legislazione, ma che le parti non si sono certamente proposte di contrattare, e rinunciare diritti che allora non esistevano, creati con una legge nuova da un nuovo governo che non potevano neppur prevedere.

Hanno soggiunto inoltre che la legge 6 thermidor anno quinto richiamò per l'avvenire i diritti

di successione alle disposizioni del diritto comune d'allora, e preservò nel loro effetto le rinuncie delle donne maritate a simili diritti; ma che, non essendo attivata la legge stessa negli ex-veneti stati aggregati al Regno d'Italia, rapporto ai diritti successorj, che ora sono regolati, non più secondo le disposizioni del gius comune ma secondo le disposizioni del nuovo Codice, non può intendersi attivata neppure in ciò che, rapporto soltanto a tali diritti, avea disposto sulle rinuncie.

Hanno detto per ultimo che non v' era legge nello statuto Veneto che autorizzasse un contratto col padre di una figliuola d'anni 17, ignara di tutt'i suoi diritti, e soggetta alla patria podestà; e che, in qualunque ipotesi, quella rinuncia considerata come contratto, non sarebbe a termini di ragione, perchè non constava correspettività verso la rinunciante; mentre la dote di Ducati 48000 l' era già stata costituita dal padre coll' antecedente contratto di nozze 1735 7 decembre senza alcuna condizione.

A fronte di tali deduzioni, replicava il reo convenuto nelle sue conclusioni in prima istanza che, qualora gli attori credessero di poter sostenere insussistente a termini di ragione la rinuncia considerata come contratto, dovevano proporre formalmente la nullità della medesima, e ad essi in tal caso incombeva di provare il loro assunto; ma che non hanno azzardato, nè potrebbero azzardare di farlo perchè le Venete leggi dichiaravano maggiore la femmina pervenuta all'età d'anni 14; perchè la Veneta antichissima consuetudine risultante da una

serie costante di giudizj autorizzava tali contratti tra padre, e figlia, qual base fondamentale della tranquillità e sicurezza delle famiglie: perchè inoltre nella rinuncia di cui si tratta, anzichè non consti di alcuna correspettività, risulta che la figlia, informata dal notaro dell' importanza dell' istromento, è devenuta spontaneamente a farla per dare al padre un testimonio giustamente dovuto del di lei aggradimento per averla nobilmente e decorosamente accasata con la ragguardevole dote che le aveva costituita nel di lei contratto di nozze privatamente segnato. Ed infatti, come per le Venete leggi 1551 23 marzo, e 1575 28 luglio le doti non potevano eccedere la somma di Ducati 6000, così nel pubblico contratto di nozze primo marzo 1736 presentato al magistrato preside allora detto dell' Avvogador di Comun la dote appariva fissata in detta summa soltanto di Duc. 6000, compresi i mobili; e non ostante col nuziale privato il padre, benchè tutto il suo patrimonio d' allora fosse soggetto a fedecommesso, l' aveva estesa alla grandiosa somma di D. 48000, cioè D. 42000 di più della dote legale, assicurando con ciò un certo, e ricco provvedimento alla figlia, che rinunciò quindi ben volontieri ad ogni incerta, e lontana speranza futura: replicò che la legge 6 thermidor anno V contempla tutti i diritti di successione verificabili a favor delle donne dopo la pubblicazione della medesima, e preserva nel loro vigore le rinuncie da essa fatte a simili diritti; ed essendo stata pubblicata contemporaneamente al codice per esser osservata in tutto ciò che non fosse diversamente disposto nel codice

stesso, il quale non parla delle rinuncie anteriori, queste restar devono sotto la salvaguardia della legge medesima relativamente a tutti i diritti verificabili dopo la sua pubblicazione, qual è quello che si pretende dagli attori di esercitare; e finalmente che, ritenuta la rinuncia sussistente a termini di ragione, era poi evidente, in esame della sua intelligenza, ch' essa comprendeva tutti i casi possibili anche fortuiti, preveduti, ed impreveduti ordinarj, ed estraordinarj, per cui potesse verificarsi, come si verificò in fatto, la successione fraterna.

Agitata la causa, risulta dalle narrative della sentenza che gli attori altro non aggiunsero se non che le leggi 1551, e 1576, che limitarono le doti a D. 6000, erano abrogate dalla consuetudine; ma che, quand' anche fossero state in verde osservanza, e si volesse quindi supporre, che il soprappiù di Duc. 42000 fosse prezzo della rinuncia, ciò non ostante in quel prezzo non potrebbe mai essere contrattato il caso in questione, non previsibile, nè preveduto; e che d' altronde la legge 6 thermidor anno V fu pubblicata soltanto relativamente ai fedecommessi, mentre in tutti gli altri oggetti di quella legge è diversamente disposto dal Codice Napoleone; ma che in qualunque ipotesi non poteva mai dirsi che con la carta suddetta la madre loro nell'anno 1736 abbia rinunciato, nè potesse immaginarsi di rinunciare ai diritti creati tanto tempo dopo con detta legge, nè a quelli creati dal Codice.

Il regio procuratore generale presso la Corte di prima istanza ha creduto di concludere in questa causa per la regezione della domanda degli attori,

interessato dalla gravità della massima che per la prima volta si doveva decidere da'Veneti tribunali; giacchè, diss'egli, non potendo attaccarsi di lesione, nè per altro titolo di violenza, o dolo la rinuncia di Maria Pesaro, che gli stessi attori accordano sussistente ed operativa in ogni sua parte fuorchè in ciò ch' essa non potea prevedere, vale a dire nel benefizio che accorda la nuova legislazione, la decisione avrebbe dato regola, e norma alla preservazione, od al sovvertimento di tutte le famiglie che avevano dotate le loro femmine antecedentemente alla nuova legislazione sulla fede delle rinuncie riportate a norma della costante antichissima consuetudine, e dei diritti acquistati sino d' allora in forza della medesima. In fatti, diceva egli, è vero che in avvenire in forza della nuova legislazione le femmine parteciperanno ai beni delle lor famiglie egualmente che i maschj; ma i padri al tempo del loro matrimonio non saranno però obbligati a dare una scossa rovinosa alla loro economia, onde assicurar loro con una ricca dote un provvedimento definitivo in compenso della rinuncia ai loro diritti futuri; giacchè la legge nuova vieta bensì la rinuncia alle future successioni, ma dichiara nel tempo stesso che la figlia non ha azione di obbligare il padre a farle un'assegno, neppure per causa di matrimonio, ed al caso della sua morte soltanto le assicura la quota nella porzion disponibile della facoltà che si trovasse allora, che potrebbe esser talvolta ridotta al nulla. Qualora si volesse accordar alle figlie maritate, e rinuncianti prima della legge nuova, il benefizio della medesima, senza averne

corso il rischio, e mentre non è più repristinabile la condizione dei padri che non avevano allora il compenso che loro accorda la nuova legge, si estenderebbe la legge ad un effetto retroattivo, ingiustissimo certamente, e contrario alla mente di quel sapientissimo legislatore che adottò nel suo codice i principj più sublimi dell'equità.

Nel giorno 28 giugno 1808 la Corte di giustizia dell'Adriatico pronunciò a favore del reo convenuto la seguente

Sentenza testuale.

Considerando, che avendo la madre degli attori conseguito dal padre suo la dote di Duc. 48000, deve ritenersi dietro le Venete costumanze costanti, e le massime universali, che in un esborso così grandioso, oltre la dote profettizia alla stessa competente, sia compreso anche il compenso delle azioni e ragioni che doveva in seguito rinunciare, e che ha effettivamente rinunciate;

Che ciò è provato anche dalla stessa rinuncia 27 aprile 1736 allorchè, in vista di così ragguardevole dote, ed in testimonio giustamente dovuto al padre per l'aggradimento d'averla nobilmente e decorosamente accasata, costituita in atti di pubblico notaro, devenne volontaria alla rinuncia predetta;

Che con detta rinuncia segnatamente, essa rinunciò per se ed eredi al padre suo Leonardo Pesaro, eredi e successori suoi tutti e cadauni i beni fraterni che in avvenire pervenir le potessero per via di successione ab intestato, volendo, che tutti da allora in

avvenire restino a detto suo padre totalmente trasferiti, e devoluti, ponendolo in ogni di lei luogo, stato, ed essere, e facendogliene per se, ed eredi pubblica e solenne quietanza,

Considerando, che trattandosi al presente di succedere ab intestato a Giovanni Pesaro di lui fratello, e ne'di lui beni, quant'è indubitato che quest'azione è nominalmente compresa in detta rinuncia, altrettanto è fuor di dubbio, che non è abbracciata nella riserva da essa fattasi nella rinuncia predetta; essendochè Maria Pesaro si riservò soltanto quei beneficj che per l'avvenire potessero esserle fatti con testamenti, od altre carte che specificatamente la nominassero;

Considerando che, quand'anche il nuovo diritto successorio non fosse nominalmente compreso in essa rinuncia, pure, trattandosi di rinuncia generalissima, che tutti e cadauni comprende li beni, azioni, e ragioni di qualunque sorte e natura spettanti, e che in avvenire spettar le potessero, così per via di successione ab intestato, come per testamenti, codicilli, caducità, fedecommessi ascendenti, trasversali, e collaterali, e per qualunque carta niuna eccettuata, con quietanza, promessa perpetua finale ed irrevocabile di non più in alcun tempo pretendere cosa alcuna, stà in ragione, in legge ed in fatto, che sien comprese le azioni tutte presenti, e future, note ed ignote, non che i casi ed avvenimenti tutti succeduti, e da succedere, espressi e non espressi, e ciò anche in conformità agli articoli del Codice Napoleone 785, 1135, 1164, 1181;

Che tanto nella generalità delle rinuncie sono

contrattati tutti i casi anche imprevisti, quantocchè la legge 6 termidor anno V. lo ha ella stessa considerato, allorchè, parlando delle rinuncie, soggiunge, *fatte a simili diritti di successione dalle donne maritate;*

Considerando che le carte di rinuncia e quietanza fatte in Venezia dalle figlie prima di passare a marito furono sempre considerate e ritenute quali basi fondamentali della quiete delle famiglie; e che una costumanza inveterata di secoli e di giudizj sino in presente le ha sempre avvalorate e ritenute nella classe dei contratti sacri, validi, solenni, irretrattabili;

Considerando che una patria costumanza inveterata di secoli per il consenso di tutti i popoli, e di tutte le nazioni ha forza di legge;

Considerando che per il disposto dall' art. VII della sapientissima e giustissima legge 6 thermidor dove soltanto vi è dote e matrimonio è aperta la via alle donne maritate ai diritti di successione, ma dove esistono rinuncie devono queste rimanere operative ed efficaci: per il che è da ritenersi che coll'oggetto ancora d'impedire le sovversioni nelle famiglie rinonciatarie, ed altre conseguenze perniciose, l'impero della legge le abbia volute sussistenti, semprecchè, riguardate come contratto, possano essere sussistenti a termini di ragione;

Che dall' articolo II del Decreto di pubblicazione di essa legge 15 aprile 1806 è prescritto, che detta legge è osservata negli stati Veneti a datare dal giorno primo maggio 1806 in tutto ciò che non sia diversamente disposto dal codice;

Che dal Codice Napoleone posto in attività lo stesso giorno primo maggio 1806 non fu altrimenti disposto; e che quindi la rinuncia, di cui si tratta, generalissima, ed amplissima, tutte comprendente le cose, ed i casi, e singolarmente quello, o quelli di succedere ab intestato nei beni fraterni, osta alla domandata successione;

La Corte di giustizia civile e criminale dell'adriatico rigetta la domanda degli attori ec.

Gli attori hanno interposto l' appello da detta sentenza li 6 ottobre 1808, e nelle loro conclusioni in appello hanno concretata la questione in punto di diritto se la nuova azion di succedere nell' intestata facoltà di Gio: Pesaro in concorso del loro zio, alla quale sono dalla nuova legge chiamati, sia compresa nella carta di cessione, e rinuncia fatta nell'anno 1736 dalla loro madre, ed hanno sostenuto che non sia compresa, e che quindi non possa esser loro vietata la compartecipazione in detta eredità per la loro contingente porzione. Tanto essi, quanto il reo convenuto, nelle rispettive conclusioni in appello hanno ripetuto, ed amplificato i motivi allegati in prima istanza.

Nel giorno 3 febbraro 1809 la Corte d' appello pronunciò la seguente

Decisione testuale.

Considerando che la legge 6 thermidor anno V, nell'atto stesso in cui, annullando ogni legislazione in proposito di successioni intestate, adottò per l'avvenire la disposizione del diritto comune, prescris-

se nell'articolo VII che nè il matrimonio, nè la dote potranno togliere alle donne i diritti di successione verificabili a loro favore dopo la pubblicazione della nuova legge; ma soggiunse che le rinuncie poi fatte a simili diritti dalle donne maritate saranno operative ed efficaci, sempre che, riguardate come contratto, possano essere sussistenti a termini di ragione;

Considerando che il reale decreto 10 aprile 1806 pubblicò la detta legge in questi Veneti Stati, e ne ordinò la osservanza a datare dal primo maggio 1806 (cioè all'epoca stessa da cui doveva osservarsi il Codice Napoleone) in tutto ciò che non fosse diversamente disposto dal codice stesso;

Considerando che il Codice Napoleone dispone bensì dell' ordine delle successioni intestate, che si verificassero dopo la sua attivazione, abrogando ogni altra precedente legge nel proposito, e proibisce che per l' avvenire non possa farsi rinuncia di successioni future, ma non parla delle rinuncie precedentemente fatte, le quali perciò restano sotto la disposizione dell'articolo settimo della legge 6 thermidor anno V che dee osservarsi quanto ogni altra disposizione del codice;

Considerando che, nel caso verificato dopo l'attivazione della detta legge e del detto codice, della morte ab intestato del fu sig. Gio: Pesaro, compete in forza della nuova disposizione del codice stesso alli signori Andrea, e Catterina da Mulla figli della signora Maria Pesaro sorella del defonto, azione di succedere per la loro contingente porzione in concorso del sig. Pietro Pesaro fratello del defonto; ma

in forza della detta legge 6 thermidor non potrebbero conseguirla, ed apparterrebbe invece l'azione stessa allo stesso sig. Pietro Pesaro, qualora anche questa loro azione fosse compresa nella cessione, e rinuncia fatta col pubblico istrumento 1736 27 aprile per se, eredi, e successori dalla madre loro, di cui sono eredi, al sig. Leonardo Pesaro di lei padre, ed agli eredi, e successori suoi qual' è appunto il detto sig. Pietro Pesaro, e qualora detta rinuncia riguardata come contratto potesse essere sussistente a termini di ragione;

Considerando che li detti signori Andrea, e Catterina da Mulla non oppongono che la detta rinuncia, riguardata come contratto, sia sussistente a termini di ragione, perchè non solo non la impugnarono, come lesiva, estorta, o sedotta, o per altro titolo che potesse renderla insussistente a termini di ragione, ma anzi la riconoscono sussistente per tutte le azioni rinunciate, e solo si ristringono a sostenere che l' azione di succedere nell' intestata facoltà del qu. Gio: Pesaro in concorso col sig. Pietro Pesaro loro zio, e fratello del defonto, per essersi verificata a loro favore in forza della nuova legge, non è compresa nella carta di cessione, e rinuncia fatta nell' anno 1736 dalla loro madre, come risulta anche dalle loro conclusioni in appello;

Considerando, in questo unico esame a cui è ridotta la causa, che col detto istrumento di cessione, e rinuncia 1736 la detta signora Maria Pesaro informata dal nodaro dell' importanza dell' istromento per se, eredi, e successori suoi, ha cesso, e liberamente rinunciato al sig. Leonardo Pesaro suo

padre, ed ai di lui eredi, e successori tutti i beni di cadauna sorte, e natura e specialmente fraterni, non solo quelli che allora le spettassero, ma anche quelli che in avvenire spettare, e pervenire le potessero così per via di successione ab intestato, come per testamenti, codicilli, donazioni, caducità, fedecommessi, ascendenti, trasversali, e collaterali, o per qualunque altra causa niuna eccettuata, trasferendoli d' allora in avvenire, e costituendo esso suo padre per se, e di lui eredi in ogni di lei azione ragione, luogo, stato, ed essere, suo procurator irrevocabile come in cosa propria;

Considerando che con queste generalissime espressioni scritte nella prima parte del detto contratto sta espressamente ceduto dalla detta signora Maria per se ed eredi suoi ogni azione futura nominatamente sui beni fraterni per via di successione intestata, e generalmente tutte le sue azioni anche per causa di futuro, perchè l' azione futura di successione intestata è per se una causa de futuro, che dipendeva non dalle leggi allora vigenti, ma dalle leggi che fossero vigenti al tempo futuro dell' aperta successione, e dall' esistenza, o non esistenza a quel tempo di altre persone successibili, o in preferenza, o in concorso, a norma delle leggi che al detto tempo fossero vigenti;

Considerando che nell' ultima parte del detto contratto essendosi poi espressamente dichiarato ciò che non deve intendersi compreso in quella cessione o rinuncia, sempre più chiaramente risulta che tutto ciò che non è compreso in quella dichiarazione, è compreso nella generale cessione, e rinuncia co-

me sopra fatta; e in detta dichiarazione è detto che non sono compresi, e sono anzi esclusi, e riservati unicamente i legati che per l' avvenire venissero fatti alla detta signora Maria, e quelle sostituzioni, e benefizj che per l' avvenire potessero esser fatti da chi si sia alla detta signora Maria ed eredi suoi con testamenti, o altre carte che specificatamente beneficassero essa signora, o suoi eredi; sicchè anche le azioni per testamenti, o carte de futuro che genericamente beneficassero le femmine Pesaro discendenti da Leonardo, o loro eredi, e non ispecificatamente la detta signora Maria, o suoi eredi, non sono eccettuate dalla detta generale rinuncia; e molto meno ne sono eccettuate le azioni che a loro potessero pervenire sopra le cose rinunciate per qualche nuova disposizione di legge generale;

Considerando, che quando consta chiaramente dal senso litterale delle parole espresse come sopra nella convenzione, che la comune intenzione de' contraenti fu che tutte le azioni future per qualunque causa, niuna eccettuata, sieno comprese nella rinunzia, escluse quelle sole che sono individuate nell' annessa dichiarazione, tra le quali non v' è certamente l'azione di successione intestata in alcun caso, sarebbe un abuso dell' artic. 1156 del codice alla sezione *dell' interpretazione delle convenzioni* il far luogo a contraria interpretazione;

Considerando che per la costante consuetudine Veneta le rinuncie delle donne maritate furono sempre interpretate favorevolmente all' oggetto per cui furono dalla stessa consuetudine introdotte, e protette, di conservar cioè nelle famiglie da cui si

staccavano le donne maritate, e dotate, i patrimonj delle famiglie medesime; e l' articolo 1163 del codice Napoleone, nel quale è disposto, che per quanto siano generali i termini coi quali si è espressa una convenzione, essa non comprende che le cose sopra le quali apparisce che le parti si sieno proposte di contrattare, non può giovare alli signori da Mulla, perchè non si tratta di estendere i termini generali del contratto a comprender cosa, sopra la quale le parti non si avessero proposto di contrattare, ma anzi nella detta cessione, e rinuncia le parti si sono proposte di contrattare espressamente dei beni fraterni, e dell' azione che potesse spettare in avvenire sopra i beni medesimi alla signora Maria Pesaro, e suoi eredi per via di successione intestata; ed ora si vorrebbe restringer li termini generali coi quali è espressa la cessione di questi beni, e di questa azione per eccettuarne il caso di succeder nei beni medesimi, verificato per la nuova legge vigente al tempo dell' aperta successione;

Considerando che, quand' anche il caso possibile, e verificato per sopravenienza di una nuova legge non fosse stato specialmente preveduto al tempo del detto contratto, è certo però che il contratto stesso comprende generalmente ogni caso per cui spettare, e pervenir potessero in essa signora Maria, e suoi eredi i beni fraterni per via di successione intestata, e per qualunque altra carta, niuna eccettuata; e che con dette espressioni sono compresi tutti li casi anche non preveduti, nè questi sono eccettuati colla susseguente dichiarazione;

Considerando che anche la legge 6 thermidor

considera che possano esser compresi nella generalità delle rinuncie precedenti i nuovi diritti di successione da essa concessi per l'avvenire alle donne, poichè contemporaneamente prescrive, che le rinuncie fatte a simili diritti sieno operative, ed efficaci, sempre che riguardate come contratto possano essere sussistenti a termini di ragione; sicchè le nuove leggi sopravvenute in questi stati in materia di successione intestata non hanno voluto togliere ai rinunciatarj i diritti già da essi acquistati per le rinuncie fatte delle donne maritate a simili diritti;

La Corte rigetta l' appellazione, ec.

Sezione Prima.

XXIV.

SEPARAZION personale –
(AMMISSIONE di prova dei fatti articolati per la) –
INGIURIE gravi.

La prova testimoniale de' fatti articolati da un conjuge per ottenere la separazione personale, è ammissibile, benhè gli articoli fossero espressi con qualche equivoco o difetto di precisione, qualunque volta le circostanze precise, le quali non ponno emergere se non dalle deposizioni de' testimonj da esaminarsi in prova o riprova de' fatti stessi, possano influire a dar loro quel carattere e quell' importanza che la legge contempla nel determinar le cause della separazione.

Codice civ. art. 229, 230, 231, 306.
Codice di procedura civ. articoli 252, 253, 254.

Staccatasi Giacomina Gottardi dal di lei marito Domenico dalla Venezia fonditor di metalli, contestò in confronto del medesimo la separazion personale per titolo di mali trattamenti e gravi ingiurie, corredando la sua dimanda di sedici articoli probatoriali, de' quali ecco il sostanziale. Ch' es-

sa, durante il matrimonio, avea condotta vita morigerata, ed avuta sedula cura de' figli. Che il marito da tre anni erasi assentato dal talamo e da ogni comunicazion seco lei, anzi l' avea confinata in una malconcia stanza in cui somministrar le faceva scarso alimento. Che il medesimo, per mortificarla, ed anche per eccitar contro a lei l' odio de' figli e dei domestici, avea notabilmente ristretta la mensa finch' ella vi concorreva; e quando poi riuscì d' allontanarnela, aveavi restituita la primiera abbondanza. Che tale avversione fu da lui concepita contro la moglie dacchè incontrata egli aveva l'amicizia d'una giovane; amicizia che rese pubblica senza riserve, avendo di notte tempo condotta costei nella propria casa, dalla quale una volta singolarmente i domestici ed un vicino l'avevano sul far del giorno veduta escire: come altra volta alcuni lavoranti nella fonderia ebbero a trovarne le vesti da essa lasciate in quella stanza in cui l' aveva il marito introdotta: ed avendo inoltre preso costume di girar colla stessa e nei caffè e nei teatri. Che in occasione degli sponsali d' una figlia comune, il marito fece far figura di madre della sposa alla moglie d' un di lui cognato, per non farvi intervenire la propria moglie: e vennero poi festeggiate quelle nozze con pranzo lauto ed invito numeroso, esclusa peraltro la moglie stessa. Che il marito avea commesso alla comun figlia maggiore d' intimar alla propria madre l' allontanamento dalla casa conjugale: e non avendo avuto il coraggio essa figlia d' eseguir la commissione, pregò un uomo di bottega d' incaricarsene. Ch'egli inoltre, a forza di strapazzi e d'in-

giurie, ne allontanò anche una settuagenaria zia materna, la quale già da dodici anni conviveva e pernottava nella comun casa. Che il medesimo con espressioni infamanti non cessa di denigrar il buon nome e l' onor della moglie; anzi alla di lei madre scrisse *la sua cara figlia viene maledetta da Dio e da me eternamente.* Che finalmente invano essa moglie pose in opera ogni possibil mezzo, e perfino la rispettabile insinuazione del Prefetto del Dipartimento onde richiamare il marito a sentimenti pacifici.

Negò il marito i fatti in tal modo articolati; e la moglie il citò per far decidere in di lui confronto l' ammissione della prova testimoniale sui medesimi. Portata la causa alla Corte di giustizia dell' adriatico, in contumacia del non comparso marito, venne da questa nel giorno 23 dicembre 1807 ammessa la prova testimoniale suddetta colla seguente

Sentenza testuale.

Visto l' articolo 252 del codice di procedura civile, disponente che i fatti che una delle parti intende di provare per mezzo de' testimonj si articolano succintamente per via di conclusioni senza veruna comparsa o ricorso,

Visti i sedici articoli probatoriali prodotti dalla parte attrice, ed esaminato il tenor dei medesimi,

Sentito il regio procuratore generale nelle sue conclusioni aderenti all' instanza della parte attrice,

La Corte dichiara la contumacia contro il reo convenuto, ed ammette la parte attrice alla prova testimoniale dei 16 proposti articoli, in conformità delle di lei conclusioni; ed in conseguenza delega a quest'effetto il signor giudice Boncio, avanti il quale dovrà farsi l' esame dei testimonj sopra i fatti allegati, salva la prova contraria.

Fece opposizione il marito a questa sentenza. Nessuno de' fatti articolati dalla moglie (diss' egli) che nemmeno son precisati nelle lor circostanze come pur esige la legge, ponno ritenersi come eccessi, sevizie, e gravi ingiurie, per quindi indurne il divorzio, o la separazion personale per causa determinata. Le domestiche altercazioni derivate dalla condotta riprovevole della moglie, insorte dopo 18 anni di pacifica convivenza, in cui nulla risulta che aggravi il carattere o la morale del marito, lo sfogo di questo marito affidato al secreto d' una lettera e dalla sola moglie voluto pubblicarsi, le' restrizioni economiche figlie non di mal animo, ma piuttosto di prudente calcolo sui menomati guadagni, il rifiuto del vitto già cessato prima della domanda di separazione dietro le offerte di perfetta riconciliazione che fece il marito, la mal apposta amicizia di lui con una giovane che neppure si sa nominare, sono tutte asserzioni di fatti inconcludenti, nessun dei quali risolvesi in eccesso, sevizie, o grave ingiuria, nè può quindi aprire il campo alla separazion personale dalla moglie desiderata per l'oggetto forse di condurre una vita più libera, e di spogliare il marito col mezzo della conseguente separazion de' beni della dote conseguita all'epoca del matrimonio.

In questo giudizio restò contumace la moglie. La Corte dell' Adriatico nel giorno 22 agosto 1808 ammise l' opposizione del marito colla seguente

SENTENZA TESTUALE.

Considerando che i prodotti articolati fatti dall'attrice non sono a senso delle leggi vigenti sufficienti per ottener la chiesta separazione di lei dal marito,

Considerando che non risultano da essi provate le sevizie, perchè la moglie non ha potuto allegare personali offese, od altri mali trattamenti,

Considerando che non possono calcolarsi nemmeno eccessi, quando non risulti provato che questi minacciassero i suoi giorni, o che fossero di tal natura che potessero almeno porre in pericolo la di lei vita,

Considerando che questo non è nemmeno il caso delle ingiurie gravi dell' uno verso dell' altro, perchè non vi è stata mai pubblicità d' esse; e solo può il marito aver esternato dell' espressioni di qualche durezza in momento di collera, ma queste entro le pareti domestiche, e nel segreto d'una lettera,

Considerando che la relazione colla pretesa giovane, che non è stata nemmeno nominata, non può considerarsi la concubina tenuta nella casa comune, per non essersi nemmen contestato questo punto colla precisione di chiara volontà della legge,

Considerando d'altronde che i suddetti conjugi passarono diciott' anni in reciproco affetto ma-

ritale senzacchè sia corso fra d'essi alcun motivo di discordia; e che solamente in questi ultimi tempi si è suscitata qualche alterazione prodotta dalla condotta della moglie, come risulta dalla lettera del figlio, e più diffusamente da quella del mediatore Sacerdote, che cercò inutilmente di ricondurla alla casa maritale, restando tutto questo vieppiù avvalorato dal silenzio dell' attrice, e dalla non comparsa del suo patrocinatore;

Visti gl'articoli 229, 230, 231 del Codice Napoleone,

Visti gl' articoli 253, 254 del Codice di procedura civile,

La Corte dichiara la contumacia ec., ammette l' attore nell' odierno giudizio come opponente alla sentenza contumaciale 23 decembre 1807, e dichiara inammissibili le prove testimoniali sui fatti articolati da essa uniti nella di lei citazione 30 novembre 1807; e per conseguenza rigetta la domanda 14 decembre 1807 a tale oggetto proposta; e decreta che Giacomina Gottardi dalla Venezia debba ritornar presso il marito, il quale sarà obbligato di riceverla e di trattarla co' riguardi che le sono dovuti.

La moglie interpose l' appellazione contro di questa sentenza. La trovò essa ingiusta, perchè contradditoria all'antecedente contumaciale 23 decemb. 1807 proferita dalla Corte medesima, la quale se allora con piena cognizione di causa, esprimendo d' aver *visti i sedici articoli probatoriali, ed esaminato il tenore dei medesimi*, giudicò di doverne ammettere la prova e destinò il giudice per

l' esame de' testimonj, non poteva in oggi poi ritenerli inconcludenti, ed escluderne con una seconda contraddittoria sentenza la prova.

Da due gravi taccie poi appostele dalle considerazioni della sentenza volle essa espurgarsi: la prima dedotta dalla lettera del comun figlio, la seconda dalla lettera di certo Sacerdote Ciconi, entrambe dirette al marito, e dallo stesso allegate in giudizio.

Comparisce dalla prima che il figlio in età di quattordici anni trovisi in Capodistria, e da colà scriva al padre per fargli una spontanea da nessun motivo occasionata confessione d' esser egli stato per l' addietro portatore d' alcune lettere della madre a certo Trieste, e ad altra persona, e di saper *delle altre cose che non osa dirgli*, indicandogli che di queste era a parte anche una di lui sorella.

Comparisce dalla seconda che il Sacerdote siasi interposto per conciliare fra i conjugi la pace, a condizione però del perpetuo distacco del Trieste dal fianco della moglie, ma che non abbia potuto sortire alcun effetto la di lui mediazione, non avendo più voluto la moglie nemmeno ascoltar parola.

Per convincere entrambe queste imputazioni aggiunse la moglie quattro articoli probatoriali. Che il Trieste era stato introdotto in casa e posto al fianco della moglie dallo stesso marito. Che al medesimo il marito aveva affidata anche la direzione de' proprj affari. Che qualunque volta il marito erasi aggregato colla moglie a qualche società, avea voluto che vi si aggregasse anche il Trieste. Che nel corso di circa ott'anni il marito non esternò mai

il più lontano pentimento di tal relazione. Alla prova di questi articoli, aggiunse la moglie inoltre la dichiarazione d' esser pronta ad ogni cenno della giustizia o del marito stesso a passare in un ritiro. Osservò poi ch'era ben facile il conoscere la prima di queste lettere essere stata suggerita ed estorta dall'autorità paterna ad un figlio in età di debolezza e d'ignoranza, per fabbricarsi un mezzo altrettanto indecente quanto falso di calunniare un'onesta moglie. Documentò finalmente quanto alla seconda lettera d' averne provocato l' autore, cioè il Sacerdote Ciconi, con atto d'usciere a manifestare il vero risultato della sua interposizione che da lui medesimo venne abbandonata allora appunto ch'ella stessa, dopo d' aver comunicate le di lui aperture a' suoi difensori, lo attendeva per dirgli d' esser prontissima a troncar ogni relazione coll' invisa persona, e per istabilir quindi le basi d' una solida conciliazione. Nè a questa provocazione ebbe coraggio di rispondere il Sacerdote, benchè appostavi fosse la dichiarazione che riterrebbesi il di lui silenzio come un' assoluta ritrattazione dell' offensiva di lui lettera.

Riprovato pertanto che l'origine dell' intentata separazion personale sia una scandalosa passione concepita dalla moglie, devesi ammettere la prova ch' ella si propone di fare che cioè l' origine piuttosto ne siano le gravi ingiurie ed offese praticatele dal marito: alcune delle quali, come la scagliata maledizione, dallo scritto risulta; e le altre dai testimonj verranno deposte: e tutte poi unite, secondo le circostanze di gravità che spiegheranno, daran

regola al futuro giudizio sulla separazion personale, non trattandosi nel presente che di ammettere la prova de' fatti esibiti.

Il marito concluse per la conferma dell' ottenuta sentenza ritenendone i motivi. Egli accumulò inoltre varie autorità di riputati scrittori sulla moderna legislazione, e testi di legge antica, per provar che a costituire quella grave ingiuria che il codice civile assegna per giusto motivo di divorzio non entrano già qualche asprezza anche fuor di ragione sfuggita di bocca, o qualche vivacità di carattere sviluppatasi in momento di collera, ma si esigono tali atti odiosi, che a tutto rigore di titolo meritino la qualificazione d' ingiurie gravi; e ciò perchè non sia ammesso il divorzio o la separazion personale, se non allorquando un' assoluta necessità risulti d' applicar ad estremo male questo estremo rimedio. Perlocchè se nessuno de' fatti articolati dalla moglie trae seco l' idea d' un'ingiuria veramente grave, non può esserne ammessa la prova del giudice.

La Corte d'appello nel giorno 3 febbrajo 1809, nonostante le conclusioni del suo regio procuratore generale il quale domandò la conferma dell' appellata sentenza, proferì la seguente

Decisione testuale.

Considerando che le cause espresse dalla legge per poter domandare il divorzio per causa determinata, o la separazion personale, non sono soltanto le percosse, le minaccie di vita, od altri ma-

li trattamenti che potessero porre in pericolo di vita il conjuge, o le pubbliche ingiurie, come fu considerato dalla Corte di giustizia dell'Adriatico nella sua sentenza contumaciale 22 agosto 1808, ma sono gli eccessi, le sevizie, e le ingiurie gravi d'ogni specie, come negli articoli 231, e 306 del Codice Napoleone,

Considerando che i sedici articoli probatoriali annessi alla citazione dell' appellante 30 novembre 1807, ed i quattro aggiunti dalla medesima nelle sue conclusioni in appello, in vista dell' accusa espressa dal marito nelle sue conclusioni in appello d' una delittuosa passione, introducono nel loro complesso fatti tali, che dalla prova o riprova dei medesimi possono emergere le più precise circostanze che li rendano concludenti, o meno; e che allora soltanto (qualora non segua prima piuttosto reciproca riconciliazione fra i conjugi, ch'è tanto desiderata ed inculcata dalla legge) potrà la Corte di prima istanza riconoscere fondatamente se vi sieno gli eccessi, sevizie, o ingiurie gravi contemplate dalla legge, e quanto sieno valutabili le introduzioni del marito per alleviarne la gravità,

Considerando che d' altronde la Corte di prima istanza, volendo rigettare gli articoli probatoriali proposti dalla moglie, ed obbligarla a ritornare in casa col marito, non poteva discender a conoscere in fatto neppur delle recriminazioni opposte dal marito, e molto meno a considerar come prova legale delle medesime nè l' osservabile lettera del giovanetto figlio comune, nè l' altra lettera del sacerdote asserto mediatore,

La Corte ammette l'appellazione; e, riformando la sentenza contumaciale 22 agosto 1808 della Corte di giustizia dell'Adriatico, decreta l'ammissione dei 16 articoli probatoriali annessi alla citazione 30 novembre 1807 dell'appellante, come pure degli altri quattro aggiunti nelle di lei conclusioni in appello; ed in conseguenza delega il signor Boncio giudice di detta Corte, avanti il quale dovrà farsi l'esame de' testimonj sopra i fatti allegati (salva la prova contraria) il tutto nel termine prescritto dalle leggi vigenti: salve nel resto le reciproche ragioni tutte delle parti avanti la detta Corte di giustizia.

Sezione Prima.

XXV.

Competenza di foro - Contratti anteriori all' attivazione della nuova procedura - Effetto retroattivo.

I diritti acquistati in vigor delle antiche leggi dai contraenti riguardo alla competenza del foro sulle questioni nascenti dagli antichi loro contratti non sono tolti dall'art. 1041 del codice di procedura civile.

Codice Civile art. 111.
Codice di Procedura art. 59, 1041.

Per difetto di pagamento d'affitti Bernardino Renier locatore citò nel maggio 1806 il conduttore Pietro Verona innanzi alla Corte di giustizia dell'Adriatico. Oppose il Verona con atto incidente la declinatoria di foro, sostenendo che, essendo azion personale quella di pagamento degli scaduti affitti, e dovendo il reo convenuto in materia personale essere citato innanzi al tribunale del suo domicilio a senso dell'art. 59 del codice di procedura civile, non poteva il Renier impetirlo in altro foro che in quello di Schio dipartimento del Bacchiglione, dov'è il suo domicilio. Che se pure si avesse vo-

luto considerar l'azione intentata come reale, avrebbesi dovuto adire la Corte di giustizia del Brenta, esistendo in quel dipartimento i beni locati, ma non mai il foro di Venezia.

Si difese il Renier, allegando che il contratto di locazione in di cui virtù egli agiva per conseguire il pagamento degli affitti decorsi, era stato stipulato in Venezia nel giorno 3 maggio 1802. Che a quest'epoca vigeva la legge Veneta 1435 disponente che *pei debiti, mercanzie, e contratti fatti a Venezia possano* (i debitori) *a Venezia esser convenuti.* Che pertanto fin da quel giorno aveva il locatore acquistato il diritto d'agire per l'esecuzion del contratto nel foro di Venezia, ed avea il conduttore incontrato l'obbligo di seguire quel foro stesso. Che le nuove leggi le quali determinano il foro del domicilio del reo per le azioni personali, ed il foro *rei sitæ* per le reali, non importando effetti retroattivi, non tolgono i diritti ed i doveri, acquistati ed assunti in forza delle leggi anteriori.

Su questa contestazione la Corte di giustizia dell'Adriatico, dietro le conclusioni del sostituto al regio procurator generale favorevoli al Verona, pronunciò nel giorno 2 luglio 1808 la seguente

Sentenza testuale.

Considerando che per l'art. 59 del codice di procedura civile in materia personale il reo dev'esser citato avanti il tribunale del suo domicilio,

Considerando che il pagamento degli affitti scaduti è materia meramente personale,

Considerando che la legge Veneta rapporto al privilegio de' contratti fatti a Venezia non è più vigente, essendo state dall' art. 1041 del citato codice abrogate tutte le leggi, costumi, usi, e regolamenti osservati in avanti, relativi alla procedura civile,

Considerando che non è applicabile al caso presente il disposto dall'art. 111, il quale soltanto accorda che la citazione possa farsi ad un domicilio diverso nel caso che le parti l'abbiano eletto; mentre nel caso presente non v'è alcuna convenzione per cui sia stato eletto il luogo del contratto per domicilio dell' attore,

La corte pronuncia sulla declinatoria proposta da Pietro Verona, e rimette la causa e le parti avanti al tribunale di Schio ec.

Renier, appellando la sentenza, osservò che siccome valido ed obbligatorio sarebbe il patto che fosse stato apposto nella scrittura di locazione di seguire il foro di Venezia, così deve riuscir efficace la disposizion della legge vigente a quell' epoca, che induce un simile effetto. Sarebbe assurdo l' immaginare che non dovesse aver forza ciò ch' era di diritto all' epoca del contratto, mentre si deve concedere che avrebbe forza se fosse stato dedotto in convenzione. Eppure qual differenza vi passa? Forse la legge un tal patto non iscrisse in ogni contratto fatto allora in Venezia? A che dunque vale l'abusato articolo 1041 del codice di procedura civile? Non trattasi quì di forme e di maniere di procedere, ma trattasi d' un diritto importante e prezioso pel locatore, il quale in tanto non si curò di

scrivere nel suo contrasto il patto espresso, in quanto sapeva che il suo diritto era scritto nella legge; ed era certo che, non essendosi pattuito in contrario, risultava abbastanza che la comune intenzione delle parti fu allora di riportarsi con tacita convenzione alla legge medesima.

Il Verona non fece alcuna conclusione in appello, e nemmen comparve all' udienza.

La Corte d'appello nel giorno 7 febbrajo 1809, dietro conformi conclusioni del suo regio procurator generale, rigettò la proposta declinatoria colla seguente

Decisione testuale.

Considerando che l' appellato non è comparso all' udienza,

La Corte ha dichiarata la contumacia dell'appellato stesso; e, pronunciando sull' appellazione,

Considerando che, essendo stata contrattata e firmata in Venezia dalle parti la locazione 3 maggio 1802 mentre vigeva la Veneta legge 1435 prescrivente che pei contratti fatti in Venezia possono i contraenti essere convenuti in Venezia, è manifesto che il conduttore Verona ha consentito di poter essere convenuto in Venezia pel pagamento degli affitti, i quali anzi per patto espresso dell'affittanza doveano esser pagati in Venezia; locchè fu anche riconosciuto dalla sentenza del cessato tribunale di prima istanza 11 settembre 1807 passata in giudicato che rigettò l'eccezione della declinatoria del foro proposta dal medesimo Verona,

quantunque fosse anche allora vigente l' art. 111 del codice Napoleone,

Considerando che l' artic. 1041 del codice di procedura civile, abrogando tutte le leggi, costumi, usi, e regolamenti relativi alla procedura civile non ha voluto far effetti retroattivi per alterare gli effetti delle convenzioni precedentemente seguite,

La Corte ammette l'appellazione, e, revocando la sentenza 2 luglio 1808 della Corte di giustizia dell'Adriatico, decreta non farsi luogo alla declinatoria del foro proposta dall' appellato.

Sezione Prima.

XXVI.

CORREZIONALE.

APPELLAZIONE di sentenza di riforma d'accusa - TERMINE ad appellare - NULLITÀ di sentenza - COMPETENZA.

La sentenza che riforma l'atto d'accusa non è appellabile. Un atto qualunque posteriore appellabile non rimette in tempo per appellarne uno anteriore passato in cosa giudicata. Neppure il ministero pubblico può domandare la rinnovazione o la nullità di una sentenza allo stesso tribunale che l' ha pronunciata, salvo il rimedio dell' appello quando possa aver luogo.

Codice di Procedura Penale art. 408, 412, 417.

Contro Giammaria Sguerzi giudice di Pace in Arzignano, dipartimento del Bacchiglione, e Francesco Trevisi suo cancelliere, fu prodotta denoncia che gl'indicava macchiati d'abuso di podestà di ufficio, determinandone molti fatti speciali.

Il regio procuratore generale presso quella Corte di giustizia istituì al principio di maggio

1808 una informazione di ufficio, si portò sopra luogo, e raccolti dalla voce di più testimonj, e dalla ispezione verificata con processo verbale il dì 10 di detto maggio sui registri di quella cancelleria, sufficienti indizj, chiamò li due imputati a Vicenza, ed ingiunse loro di non partirsene; ed, appoggiata frattanto ad un supplente l' amministrazione locale, ne fece rapporto a S. E. il gran giudice ministro della giustizia.

Approvò questi l'operato, ed ordinò che l'affare fosse passato alla sezione correzionale.

La procedura fu lunga ed intralciata; ma finalmente condotta a termine, e, segnati opportunemente e regolarmente i mandati di accompagnamento di deposito, e d' arresto, presentò il ministero pubblico l' atto d' accusa, con cui, intitolato il delitto in genere *abuso di podestà di ufficio*, dirigeva contro del giudice cinque articoli d'imputazioni speciali, e sette contro del cancelliere.

Erano quelli diretti contro del giudice:

1.° Di non aver adempiuto ai doveri proprj di sopraveglianza al suo cancelliere per impedire i disordini rilevati ne'registri colla giudiziale ispezione, per assicurare la percezione delle tasse, e per procurare la pronta ed esatta spedizione degli affari.

2.° Di non aver impedito degli atti arbitrarj in alcune specificate cause criminali, col mezzo dei quali il cancelliere Trevisi per conseguito danaro soppressa avesse la inquisizione.

3.° Di non aver parimenti impedito al suo cancelliere il farsi consultore de'ricorrenti, ritraendo-

ne pagamento contro l'articolo 149 del regolamento organico 13 giugno 1806.

4.° D' essersi contro la verità dato per presente alle udienze pubbliche tenute dal solo cancelliere nelli due giorni 15, e 19 dicembre 1807; e d' aver firmate le sentenze da lui non proferite, ordinandone poscia la esecuzione.

5.° D'avere firmati parecchj falsi esami di testimonj, che formavano parte d'altro processo costrutto in causa d'aggressione imputata ad Antonio e Giovanni fratelli Castagna, e falsificate pure di complicità col Trevisi le firme di alcuni testimonj, sicchè dovette il fisco verificar poi legalmente cotali atti.

Chiudevasi quest' atto d' accusa col dichiararsi essere il rappresentato delitto preveduto dal capo XI.° del codice de' delitti Austriaco, e ne chiedeva l' ammissione.

Di simil carattere si era l' accusa diretta contro il Trevisi; ma poichè di niuna controversia fu dessa motivo, è inutile il riferirla partitamente.

La sezione correzionale nel giorno 17 gennaro 1809 ammise per intiero l' accusa contro Trevisi, e dichiarò quanto allo Sguerzi non farsi luogo all' accusa che pegli articoli quarto e quinto, colla seguente

SENTENZA TESTUALE.

Letto l' atto d'accusa surriportato, ed i documenti relativi,

Letti gl' interrogatorj degli accusati,

Lette le dichiarazioni de' testimonj, e quanto altro è d' occorrenza,

Vista la dichiarazione 8 novembre 1808 della sezione correzionale, con cui fu considerato il titolo, che cadde in aggravio tanto del suddetto Sguerzi, che del Trevisi sotto l' aspetto di delitto d' alto criminale,

E fatti quindi ritirare li signori giudice istruttore, regio procuratore, ed il vice-cancelliere Monza, ha giudicato quanto allo Sguerzi esservi luogo all' accusa sui capi quarto, e quinto sopraesposti soltanto, ed in quanto al Trevisi, esservi luogo all' accusa su tutt' i capi suesposti.

Fu notificata al regio procuratore il dì 18.

Reclamò egli il dì 19 alla sezione medesima, dichiarandole che peccante di nullità assoluta era quest'atto, e che non potevasi proceder oltre senza sanarlo.

Egli appoggiavasi alle seguenti ragioni. Il titolo del controverso delitto è unico, ed è qualificato *abuso di podestà di ufficio*. Le circostanze rispettivamente apposte alli due accusati non sono che le risultanze del processo, che formano i mezzi di prova del delitto medesimo. Ora debbono queste essere tutte riferite dal ministero pubblico; nè compete alla sezione correzionale ammetterne alcune, altre rigettarne, ma deve essa soltanto ammettere o rigettare il titolo del delitto, e lasciar poi alla Corte pesare la validità delle prove nel pubblico giudizio. Non ammesso il primo capo di quest' atto d' accusa, vien tolta la efficacia alla ispezione 10 maggio 1807 su cui fondavasi.

L' articolo 402 del codice di procedura penale non è applicabile nel senso che si avvisò di dargli la sezione correzionale; questo accorda solamente la regezione di quelle circostanze che diversificar potessero il genere, o la qualità del delitto, non quelle ancora che accrescer ne possano la malizia.

Il giudizio d'accusa in questione non pronunciò sul fatto principale, ma solo sopra di alcune circostanze; esso quindi è nullo perchè, avendo tolto alla Corte la libertà di giovarsi di queste circostanze, la sezione correzionale ha ecceduti i suoi poteri, violò le regole di competenza, e sovvertì l' ordine delle giurisdizioni.

Ricercava per tuttociò alla stessa sezione correzionale la rinnovazione di questo giudizio giusta le prescritte forme, al qual uopo la richiamava a nuova convocazione.

Nel giorno 19 gennaro 1809 pronunciò essa sezione la seguente

Sentenza testuale.

Considerando che il titolo d' abuso d' uffizio, è espresso ne'diversi capi, e come lo esibisce la forma stessa del contestuale nell' atto d' accusa dal pubblico ministero presentato,

Considerando che nel giudizio d' accusa la sezione ha giudicato quanto allo Sguerzi esservi luogo all'accusa sui capi quarto, e quinto soltanto, ed in quanto al Trevisi esservi luogo all'accusa su tutti i capi contestati nell' atto d' accusa medesimo,

Considerando che l' articolo 402 del codice di

procedura penale è così concepito. “ Se l'atto d'accusa contenga più delitti, o più circostanze qualificate dalla legge aggravanti il fatto principale, o divisibili dal medesimo, il presidente propone separatamente le questioni relative,

Considerando che l'articolo 52 del regolamento organico 13 giugno 1806 è così concepito “l'atto d'accusa è ammesso, o rigettato, o riformato dal tribunale,

Considerando che non vedesi per il caso presentaneo in alcuno degli articoli tanto del regolamento organico, quanto del codice di procedura, preveduta la nullità reclamata,

Ha trovato, e trova di non far luogo alla suesposta dimanda del ministero pubblico.

Appellò il regio procuratore da questa sentenza, ed appellò in pari tempo anche dalla precedente 17 gennaro, per la cui rinnovazione aveva indarno richiesta la sezione medesima che l'avea pronunciata.

Non altro aggiunse ai motivi già dedotti alla sezione correzionale, senonchè l' articolo 412 del codice di procedura penale non poteva far ostacolo, attesochè la sentenza impugnata nè ammetteva nè riformava l'accusa. Non l' ammetteva perchè non era ad essa conforme; non la riformava perchè le circostanze escluse non erano aggravanti il contenuto delitto, ma prove del medesimo, sicchè trasmetteva alla Corte una causa pregiudicata, senza neppure aver nulla deciso intorno al titolo in genere del delitto.

Era però necessaria la vendicazione di tale

sentenza, onde non avesse la Corte di giustizia sopra una base così irregolare ed incerta ad emettere un giudizio nullo.

La Corte d'appello in seduta privata, sentito il regio procuratore generale che concluse per la regezione dell'appellazione, pronunciò nel giorno 18 febbraro 1809 la seguente

Decisione testuale.

Visto l'atto d'accusa contro li nominati Squerzi e Trevisi prodotto dal regio procuratore generale il dì 5 gennaro 1809 pel titolo d' abuso di podestà di ufficio concretato in cinque capi di colpa quanto al giudice, ed in sette quanto al cancelliere;

Vista la sentenza della sezione correzionale del dì 17 gennaro con cui, ammessa in tutti li capi l'accusa contro del Trevisi, fu dichiarato farsi luogo quanto allo Sguerzi nelli soli capi quarto e quinto;

Vista la requisizione di quel regio procuratore generale 18 gennaro con cui, dichiarando nulla l'anzidetta sentenza perchè non fossero stati ammessi con essa che li due capi quarto e quinto, esclusi i tre precedenti, mentre unico era il titolo del delitto, e li cinque capi altro non erano che circostanze, o siano risultanze e mezzi di prova intorno alla efficacia de' quali era di competenza della sola Corte decidere, domandò alla stessa sezione correzionale che, ritenuto per nullo questo giudizio pronunciato con eccesso di potere, con violazione dell' ordine delle giurisdizioni, e senza

neppure aver pronunciato intorno al titolo principale, sicchè incerto rimaneva il giudizio stesso, dovesse essa sezione correzionale rinnovare quest'atto, e pronunciare un nuovo giudizio d'accusa come meglio avesse creduto conveniente;

Vista la relativa sentenza 19 gennaro con cui fu dichiarato non farsi luogo alla premessa domanda del ministero pubblico;

Visto l'appello interposto da questa sentenza 19 gennaro, e dalla precedente 17 detto per lo stesso regio procuratore generale;

Visti i motivi dell'interposto appello prodotti il giorno 21 detto gennaro;

Sentito il sig. barone Trevisan regio procuratore generale che nelle sue conclusioni instò per la regezione della interposta appellazione;

Letti gli articoli 408, 412, 413 del codice procedura penale così concepiti:

408. La sentenza che o rigetti semplicemente l'accusa o dichiari dissipata la imputazione è appellabile:

412. Contro la sentenza che ammette o riforma l'atto d'accusa non vi è luogo ad appellazione:

413. Contro la sentenza del tribunale correzionale che rigetta l'accusa, o dichiara dissipata la imputazione, il regio procuratore ed il querelante possono reclamare alla Corte d'appello nel termine di 24 ore dalla notificazione della sentenza:

Considerando che la sentenza 17 gennaro, riformando l'atto d'accusa proposto dal regio procuratore generale, non sarebbe stata per li surrife-

riti articoli 408, 412 neppure in tempo appellabile;

Considerando che, quando pure contro il disposto dalli surriferiti articoli si avesse potuto crederla appellabile, essa avrebbe cessato d'esserlo spirate le 24 ore limitate dall' artic. 413; nè la improcedibile requisizione 18 gennaro, nè la sentenza 19 detto, nè il posteriore appello interposto il dì 21 da quest' ultima sentenza avrebbe potuto far rivivere in onta alla legge la già perenta azione contra la precedente;

Considerando quanto alla sentenza 19 gennaro che, qualunque si fossero le pretese irregolarità di quella del giorno 17 nel riformare l' atto d' accusa coll'appoggio delle attribuzioni portate dall' articolo 402 del codice di procedura penale riferito nella posteriore sentenza, non sarebbe poi stato nelle attribuzioni della stessa sezione il por mano e cangiare il proprio giudicato, ch' è ben diverso da un qualunque atto rinnovabile d' istruzione eseguito da un agente della polizia giudiziaria, il quale è sempre escluso dal giudicarne, mentre la riforma o annullazione de' giudicati è di sola competenza delle autorità superiori;

Considerando per ciò che se la sezione correzionale, aderendo alla domanda del regio procuratore generale, avesse riformata la propria sentenza, sarebbe allora essa incorsa in un eccesso di potere, e d' incompetenza, ed avrebbe ammessa un' assoluta nullità;

Considerando in oltre che, pronunciato il giudizio d'accusa, e passato alla Corte il processo se vi

fossero nullità negli antecedenti, gli articoli 428, 431, 432, 433, 434 del codice di procedura penale indicano il modo di ripararle;

1.° Dichiara incompetente ed improcedibile l'appellazione contro la sentenza 17 gennaro, e quindi la rigetta.

2.° Rigetta parimenti l'appellazione contro la posteriore sentenza 19 gennaro, e conferma la sentenza medesima.

Sezione Correzionale.

XXVII.

Locazione (risoluzione di) - Offerta reale (effetti della).

1.° Per ritener disciolta la locazione nel caso che il conduttore manchi al pagamento degli affitti nei termini convenuti, non è necessario costituire in mora l'affittuale mediante intimazione, od altro atto equivalente, benchè nell'affittanza non vi sia di ciò patto espresso.

2.° L'offerta reale susseguita dal deposito degli affitti scaduti, benchè verificata prima che i tribunali decidano la risoluzione dell'affittanza, non toglie al locatore il diritto di domandare la risoluzione nè quello di proseguire la domanda previamente da lui fatta.

Codice civile art. 1139, 1148, 1257, 1728, 1741.

Luigi Martinengo nella qualità di procuratore di Venceslao, e Federico fratelli pur Martinengo segna nel giorno 24 decembre 1807 un contratto di locazione col quale affitta a Pietro Rizzi, faciente per se, e per l'impresa delle correrie da Bologna, Modena, e Ferrara sopra Venezia, e vi-

ceversa da Venezia sopra dette città, una casa situata in Venezia in contrada di S. Luca con l'uso e il godimento delle mobilie in essa esistenti per il corso di 9 anni da incominciarsi al primo gennaro 1808. Ad annue Lire 1744:83 si determina l'affitto, e si stabilisce, che debba esser pagato in due rate di mesi sei l'una, sempre anticipate.

Al sottoscriversi di questo contratto il Rizzi paga la prima rata, e ne consegue in seno alla stipulazione la ricevuta. Nel 14 successivo aprile si presenta il contratto nei rogiti del veneto notajo Santibusca; ed in quest'atto alla casa, e mobili affittati si aggiungono alcuni istrumenti da cucina, s'aumenta l'annuo affitto di lire 25:58 pagabili ne' modi, e ne' tempi preindicati; e siccome il primo semestre della locazione era già decorso, così si pattuisce che la prima rata di queste lire 25:58 debba esser pagata assieme colla seconda importata dal semestre avvenire scadente il primo luglio 1808. Dietro a ciò Rizzi entra nel godimento della casa, e delle mobiglie, incontra riflessibili spese per ristauri, riduzione a suo uso, e miglioramenti della casa medesima, e ne dispone di parte con varie sublocazioni.

Viene però il primo luglio 1808, e non soddisfa la rata semestrale d'affitto, com' erasi nella locazione pattuito.

Martinengo pretende di trarre partito da questo difetto, e agli 11 luglio stesso chiama il Rizzi in conciliazione sopra la domanda che si proponeva di fare onde far decidere la risoluzione del contratto. Rizzi all'incontro si offre a pagare gli scaduti

affitti entro il termine di 15 giorni, e accusa d'ingiustizia la divisata risoluzione, protestandosi disposto in qualunque caso a convenientemente difendersi. Non si rimuove dal suo assunto Martinengo, e reso quindi inefficace l'esperimento della conciliazione, cita Rizzi alla Corte di giustizia di Venezia sotto il giorno primo agosto succeduto, onde farlo decidere sulla base degli articoli 1728, 1741 del codice civile, decaduto dal suo contratto.

Rizzi però nel 30 dello stesso agosto fa l'offerta reale della necessaria somma pel pagamento del suo debito a Martinengo. Dietro il di lui rifiuto ne eseguisce, e ne denunzia il deposito verificato nelle mani del veneto banchiere Sebastiano Wagner per la sua dita fratelli Wagner, indi si difende dalla domanda del Martinengo. E' prescritto dall'articolo 1257 del codice civile, che le offerte reali susseguitate dal deposito liberano il debitore, e tengono luogo di pagamento, e l'art. 1258 fa conoscere indubbiamente che questo rimedio è applicabile appunto quando si tratta di debiti già scaduti. Egli però coll'offerta reale, e susseguito deposito 30 agosto ha estinto il suo debito d'affitti, è liberato dal debito, e si presenta in giudizio nella qualità di conduttore, che ha adempiute le sue obbligazioni. La Corte quindi che deve decidere sulla citazione del Martinengo lo trova senza debito, e senza obbligazioni verso il locatore, e non può contro di lui applicare la disposizione dell'art. 1741 che considera appunto, e colpisce il conduttore che adempiuto non abbia ai suoi doveri.

La Corte di giustizia dell' Adriatico nel 6 ottobre 1808 decise la lite colla seguente

SENTENZA TESTUALE.

Considerando, che il Codice Napoleone distingue sotto due diversi titoli i contratti, e le obbligazioni convenzionali in genere da quello del contratto di locazione,

Considerando, che nel contratto di locazione il conduttore ha due obbligazioni principali; fra le quali quella di dover pagare il prezzo della locazione nei termini convenuti,

Considerando, che per il disposto dall' articolo 1741 il contratto di locazione resta sciolto per il deperimento della cosa locata, o per la mancanza rispettiva del locatore, e del conduttore in adempiere alle loro obbligazioni,

Considerando che per il contratto d' affittanza 24 decembre 1807, e susseguente rogito 14 aprile 1808, il reo convenuto doveva pagare la rata d'affitto anticipata nel giorno primo luglio 1808,

Che la rata suddetta non fu dal conduttore pagata,

Considerando, che essendo nel detto contratto d' affittanza come sopra stabiliti i tempi precisi del pagamento, il debitore è diffidato dal contratto nel caso di difetto al pagamento convenuto,

Che l' attore con la citazione in conciliazione 11 luglio anno corrente diffidò il reo convenuto che intendeva di proporre la sua dimanda per caducità del contratto,

Che questa domanda fu prodotta alla Corte nel giorno primo agosto 1808,

Che il reo convenuto fece l' offerta reale del pagamento nel giorno 30 del mese stesso,

Che quand' anche quest'offerta reale fosse stata fatta a tenore del disposto dall' art. 1258 del Codice Napoleone, non sarebbe mai operativa nel caso di cui si tratta per indurre un effetto diverso dal disposto dal citato art. 1741,

La Corte di giustizia pronuncia essere il reo convenuto decaduto dalla locazioue 24 decembre 1807, e 14 aprile 1808.

Rizzi si appella da questo giudicato, e presenta in tre distinti articoli i motivi del suo gravame. Per agire contro taluno, onde sottometterlo ad una penalità a causa di difetto all'adempimento di qualche civile obbligazione, devesi previamente costituirlo in mora, quando la legge non istabilisca incorsa *ipso jure* la pena; e per costituire in mora si rende necessario apposito atto d' intimazione, o un patto espresso nella convenzione, *che il debitore sarà in mora alla scadenza convenuta senza necessità d' alcun' atto.* L' art. 1319 del codice civile proclama in non equivoca forma tale disposizione. La risoluzione domandata dal Martinengo è appoggiata all' art. 1741 del codice il quale però non la prescrive incorsa *ipso jure* dal difettivo conduttore. Per far luogo alla stessa adunque Martinengo dovea costituir Rizzi in mora mediante intimazione, od altro atto equivalente, giacchè la locazione 24 decembre 1807 non porta il patto che il debitore sarà in mora costituito alla scadenza conve-

nuta senza necessità d'alcun'atto. Ora Martinengo non ha fatta a Rizzi alcuna intimazione nè diffida, e però in mora non l'ha costituito. Indarno la sentenza reclamata si sforza di attribuir tale effetto alla citazione all'ufficio conciliatorio praticata li 11 luglio 1808, giacchè questa dà per acquistato dal citante il diritto della risoluzione e della caducità del contratto, quando l'atto costituente in mora deve lasciar luogo al debitore di emendare il proprio difetto, e deve esser quindi alternativamente concepito. E' ingiusta pertanto la sentenza che ammette la risoluzione dell'affittanza 24 decemb. 1807 a fronte di un affittuale che fu trovato bensì debitore d'affitti all'atto in cui venne tratto in giudizio, ma non costituito però legalmente in mora.

Altro motivo di censura lo rinviene nell'aver trasgredita la disposizione dell'art. 1257, il quale sebbene con generale dettato stabilisca che l'offerta reale susseguita dal deposito estingue il debito e libera il debitore, si è nondimeno voluto assoggettarla ad una limitazione, ritenendo che non operi nè pel conduttore nè pei casi contemplati dall'articolo 1741.

Finalmente, soggiunge, il codice civile all'atto di dettar regole per le convenzioni in generale coll'art. 1184, dopo aver fissata la massima che la condizione resolutiva è sempre sottintesa nei contratti sinallagmatici nel caso di difetto per una parte all'adempimento delle assunte obbligazioni, stabilisce che il contratto non si risolve *ipso jure*, che la risoluzione deve domandarsi giudizialmente, e che può essere accordata al convenuto una dilazio-

ne a norma delle circostanze. Sinallagmatico il contratto di locazione, è soggetto pur esso a tali disposizioni, e l'articolo 1741 che specialmente ne parla non fa che ripeterle. Se infatti voleva il legislatore dettare una regola speciale e distinta per le locazioni, dovea con apposito articolo determinare l'inapplicabilità dell'articolo 1184, e non avendolo fatto, deve ritenersi che abbia voluto anche le locazioni soggette alle regole generali, e quindi a quelle portate dall'articolo stesso che avea previamente collocato sotto il titolo *dei contratti, e delle obbligazioni convenzionali in genere.* Non è dunque sciolta *ipso jure* la locazione; il giudice deve decidere se vi è luogo alla stessa, e può anche accordare all'impetito una dilazione a norma delle circostanze. Ora se tale è la facoltà del giudice, se dessa si estende non solo a rigettare la risoluzione che venisse domandata, ma per fino ad accordare un termine oltre il convenuto per eseguire le assunte obbligazioni, come poteva la Corte di giustizia dell' Adriatico non prevalersi nel caso di tale facoltà? come poteva esser sorda alle istanze d'un conduttore che all'atto del giudizio avea già supplito ai suoi impegni? come poteva accogliere la domanda di un'inumano creditore che pel ritardo di pochi giorni al pagamento del suo debito vuole scacciato dalla casa affittatagli quel conduttore che pochi mesi innanzi aveva accolto con piacere, ed a cui avea per un novennio fatta la locazione? come finalmente poteva dichiarar decaduto dal suo contratto un affittuale debitore non già per un tempo decorso, ma di una rata anticipata per un

semestre avvenire, un affittuale che sulla fede del riportato contratto per un novennio avea incontrati gravosissimi dispendj a riattare la casa locatagli, un affittuale ch' erasi impegnato con varie sublocazioni, gli azionarj delle quali ricercano l'esecuzione, e vorranno in caso contrario un adequato risarcimento? E' violazione di legge tanto l' usare d'una facoltà non posseduta, quanto il negligere quella che la legge a riparo di maggiori inconvenienti accorda, e concede; e la Corte superiore cui è portata la censura della deliberazione degli inferiori magistrati deve correggerla. Segni dunque la Corte d'appello quell' equo giudizio che si è negato colla sentenza dalla Corte dell' Adriatico.

Martinengo all' incontro a giustificar la sentenza contro queste accuse dedusse, che quand' anche per domandare la risoluzione di un contratto per difetto d' una delle parti vi fosse bisogno di costituire in mora il mancante, la conciliazione da esso provocata colla citazione 11 luglio 1808 è più che sufficiente all'oggetto. Rizzi ha promesso di pagare gli affitti entro 15 giorni; anche questa promessa è stata delusa: il replicato difetto lo presenta al giudice, non già un affittuale cui puro caso abbia obbligato a ritardare il pagamento del suo debito, ma un' affittuale volontariamente difettivo. Martinengo pertanto a ragion più nol vuole per suo conduttore, e la sentenza seguita, ammettendo la domandata risoluzione del contratto, ha secondato il voto della legge.

L' offerta reale susseguita dal deposito libera quel debitore che la verifica nel termine convenu-

to, ma per quel conduttore che la verifica fuori del termine convenuto non equivale ad un esatto adempimento delle sue obbligazioni. L'artic. 1728 del codice non limita l' obbligazione dell'affittuale al pagamento dell'affitto qualunque sia il tempo in cui il pagamento stesso venga verificato, ma esso dichiara che deve pagare *nei termini convenuti*. Spirati questi, se anche paga, la sua obbligazione non è totalmente eseguita, giacchè resta sempre il difetto del tempo, che è di sua natura insanabile anche a fronte dell' offerta reale. Il pagamento della rata dipendente dalla controversa locazione scadeva al primo luglio 1808. Non solo restò insoluta in questo giorno, ma vi restò fino al 30 del susseguente agosto in cui Rizzi eseguì la prima offerta. Questa pertanto non ha sanata la sua mancanza; resta sempre il conduttore impuntuale, quel conduttore contro cui scaglia la pena della risoluzione l'art. 1741.

E' poi assoluta fallacia il sostenere applicabile al caso l'art. 1184. Porta questo le regole per i contratti, ed obbligazioni convenzionali in genere, e deve esser applicato a tutti i contratti, a meno che una qualche norma speciale non siasi per taluno nei titoli rispettivi dettata. Ma pel contratto di locazione siamo appunto nel caso in cui la legge ha sancita una disposizione speciale e distinta. L'articolo 1741 ne offre la prova. Per la mancanza del conduttore in adempire alle sue obbligazioni il contratto di locazione resta sciolto. Quest'assoluta prescrizione non ammette le restrizioni portate dall'articolo 1184, e perciò non sono alla locazione applicabili. La cosa è chiara senza bisogno di lunga

analisi. Se il legislatore non avesse voluto dettare una norma diversa per tale sorta di contratti, non avrebbe al certo incluso nel codice l'art. 1741, siccome quello che in questa falsa ipotesi sarebbe del tutto superfluo, mentre anche senza di esso, la locazione sarebbe stata soggetta all' articolo 1184, essendo di sua natura sinallagmatico. Deve dunque concludersi che diversa, e più assoluta essendo la disposizione dell'articolo 1741, essa sia stata dettata appunto per escludere l' applicazione alle affittanze dell'articolo 1184. Ritenuto questo principio si vede chiaro che la risoluzione è di rigore, e che i tribunali non sono ad alcuna dilucidazione autorizzati, e perciò l'istanza del Rizzi non può essere accolta.

La Corte d' appello sopra questa contestazione ha pronunciato nel giorno 3 marzo 1809 la seguente

Decisione testuale.

Considerando che per il prescritto dall' articolo 1741 del codice civile il contratto di locazione resta sciolto per la mancanza respettiva del locatore e del conduttore in adempiere alle loro obbligazioni, e che per disposizione del precedente articolo 1728 una delle principali obbligazioni del conduttore è quella di pagar il prezzo nei termini convenuti;

Considerando, che la parte appellante si è impegnata coll'artic. terzo della locazione 24 decembre 1807, che doveva avere il suo effetto il primo

gennajo 1808, di pagare per conto di affitto annue lire 1744:83 in due rate di mesi sei l'una sempre antecipate, la prima delle quali fu esborsata alla sottoscrizione del medesimo contratto;

Considerando però che la seconda rata scadeva al primo giorno del secondo semestre, cioè al primo del luglio 1808; che in questo giorno non fu pagata, e che in conseguenza la parte appellata rappresentante i locatori acquistò diritto a far dichiarare sciolta la locazione 24 decembre 1807;

Considerando, che l'offerta reale, ed il susseguente deposito 30 agosto 1808 della rata scaduta come sopra al primo luglio antecedente, quand'anche fosse solenne e regolare, non poteva togliere alla parte appellata tale diritto da essa anche esercitato colle citazioni 11 luglio e primo agosto 1808, poichè dessa non ha la sua forza che posteriormente alla sua verificazione, e non altera nè toglie i diritti prima di quest'epoca verificati; e l'art. 1257 non parla, che del caso in cui prima dell'offerta reale il creditore non avesse che il diritto di conseguire la cosa depositata, ma non del caso in cui il creditore ne abbia acquistato uno diverso, e nuovo;

Considerando, che non è applicabile al caso il prescritto dall'art. 1139, giacchè nè l'articolo sucitato 1741 che parla particolarmente della risoluzione delle locazioni, nè quello 1184, che vuole sottointesa nei contratti sinallagmatici la condizione risolutiva, ricercano che l'obbligato sia col mezzo d'un'intimazione, od altra diffida, costituito in mora per far luogo alla risoluzione, ma esi-

gono soltanto che l' obbligazione non sia soddisfatta;

Considerando finalmente, che l'art. 1184 non è menomamente applicabile alle locazioni, per le quali v'è la particolare disposizione portata dall'articolo 1741, che deroga quindi a quanto si è stabilito in contrario dalle disposizioni generali delle convenzioni, fra le quali tiene luogo l'art. 1184; e che però la Corte non può valersi dell'arbitrio da questo accordato ai tribunali di concedere al convenuto una dilazione a norma delle circostanze.

La Corte rigetta l'appellazione ec.

SEZIONE PRIMA.

XXVIII.

Insistenza sul fondo affittato - Locazione finita - Conduttore - Miglioramenti.

Finita la locazione, il conduttore ha nonostante il diritto di ritenere il fondo affittato finchè gli venga dal locatore pagato il prezzo dei miglioramenti certi in diritto e liquidi in fatto, ch'egli fece nel fondo medesimo.

Nel 27 genn. 1802 il monastero di S. Zaccaria in Venezia concesse in affitto per dieci anni a Giacomo e fratelli Gafforin due vigne con fabbriche poste nel lido di S. Erasmo, isola dell' estuario di Venezia.

Nel 1806 il reale demanio apprese questi fondi, i quali nell' aprile 1808 vennero dall' inspettor generale delle finanze venduti a Paolo Grapputo.

Nel 27 giugno dello stesso anno il suddetto inspettor generale eccitò con lettera d' ufficio Catterina Giusti vedova Gafforin a presentarle i documenti per verificar que' compensi che le potessero competere a termini del suo contratto, ed a nominare un perito, il quale unito a quello eletto dal demanio, a tali rilevazioni procedesse. A ciò prestossi tosto la vedova; ed infatti nel 5 luglio susseguente i due periti suddetti liquidarono concor-

demente i miglioramenti a di lei credito in lire 8176:2.

Da questi fatti scaturì la quistione che passiamo ad esporre.

Nel 26 luglio 1808 Paolo Grapputo compratore de' fondi cita in giudizio la vedova Gafforin qual tutrice de' suoi figlj minori per far decidere che debba rilasciare i fondi stessi, cessato essendo in lei ogni titolo per detenerli in affittanza. A varj motivi egli appoggia la sua proposizione. Le leggi Venete, diss'egli, imperanti al tempo della locazione 1802, non permettevano ai monasterj l'affittare i lor fondi piucchè per cinque anni. Il sopravvenuto governo Austriaco volea che nessuna affittanza di tali beni fosse verificata per privata contrattazione, ma bensì col mezzo dell'asta. La direzion generale del demanio e diritti uniti decretò nel 24 marzo 1807 la nullità di tutte le affittanze che fatte non fossero secondo al prescritto delle suddette leggi. Quella dunque di cui si tratta, che vedesi prolungata al decennio, e non contrattata all'asta, durar non può ulteriormente.

Che se anche si prescinda dal considerare annullata quest' affittanza, la si vegga risoluta in forza dell'espresso patto scritto nell' art. 10 della medesima. Esso porta che, mancando di vita l' affittuale entro il periodo della medesima, s' intenda spirata la locazione, nè possano continuar in essa i di lui eredi e rappresentanti. Accaduta dunque, com'è, la morte di Giacomo Gafforin, progredir non può ulteriormente la locazione.

La vedova Gafforin costituì patrocinatore per

difendersi sulla citazione. Cambiò pensiere in seguito: ed, associatasi a Maria Ongaro vedova d'altro fratello Gafforin qual tutrice d' un suo figlio minore, instituì con atto incidente una preliminar eccezion dilatoria. Io sono, diss'ella, creditrice indubitata di lire 8176:2 pei miglioramenti già liquidati in mio favore da perizia legale in concorso del demanio. In forza di tal credito mi compete il diritto d'insistenza sul fondo, da cui non debbo essere espulsa senza il previo pagamento. Ho già chiamato in giudizio il demanio stesso per ottenerlo, ed attendo le di lui determinazioni. Chiedo pertanto che sia sospesa la procedura sulla citazione al rilascio, con cui si vuol desolare irrepristinabilmente il povero stato di varj disgraziati pupilli, per l'effetto che progredir quella non possa più oltre, se prima non sia saziato il mio credito.

Nel giorno 25 novembre 1808 la Corte di giustizia dell' Adriatico, udito il pubblico ministero il quale domandò che fosse assolta la rea convenuta dalla pretesa del Grapputo, pronunciò la seguente

SENTENZA TESTUALE.

Considerando che l'attore qual sommissionario acquirente in vigor del contratto 31 marzo 1808 è divenuto padrone delle due vigne poste nel Lido di di S. Erasmo con fabbriche e coperti sopra quelle esistenti; ed è bensì obbligato a mantenere le investiture veglianti de' fondi e casa fino alla loro scadenza, ma se e come di ragione sarebbe obbligato il demanio;

Che se il regio demanio non sarebbe tenuto a

mantener l'affittanza 27 genn. 1802 fatta dal monastero di S. Zaccaria di questa Città alli Giacomo e fratelli Gafforini di queste due vigne e fabbriche, perchè nella sua durazione d'anni dieci espressamente contraria al disposto dalla Veneta legge 1412 27 ottobre vigente al tempo di detta affittanza, ne viene di necessaria conseguenza che nemmeno l'attore, qual rappresentante il regio demanio, tenuto sia a mantenere l' affittanza medesima; e quindi competa allo stesso il diritto di liberamente disporre d'esse vigne e fabbriche senza soggezione alcuna di detta affittanza nulla nel suo nascere in vigor della legge predetta;

Che questo diritto fu dalla rea convenuta vedova Gafforin confessato e riconosciuto col di lei concorso alla rilevazion e stima 5 lugl. 1808 de' miglioramenti e deterioramenti di esse vigne e fabbriche in confronto dello stato di consegna seguita all' atto di detta affittanza;

Che in qualunque vista si consideri l'eccezione dilatoria introdotta dalla rea convenuta unita anche ad altra figura che non entra in giudizio coll' intitolato atto di domanda incidentale 11 novembre corrente, non può avervisi riguardo alcuno per le seguenti ragioni:

I. Perchè con detto atto si confessa ch'è dunque nulla e non operativa l'affittanza di cui si tratta per contrastar all' attore la libera padronìa e disposizione de' beni acquistati —

II. Perchè, qualunque siasi la pretesa della rea convenuta per conto di migliorìe sopra detti beni, si confessa dalla stessa coll' atto predetto di

doverla esercitare, e d'averla anzi esercitata non già contro il padrone e proprietario de' beni medesimi, ma contro il regio demanio —

III. Perchè, fatta dalla rea convenuta d' accordo col regio demanio la stima e rilevazione di sue migliorìe, ha già parata la sua azione per conseguire il risarcimento —

IV. Perchè non è giusto che la rea convenuta, in cui è già cessato il titolo d'affittanza, com'ella stessa confessa, a pretesto della sua azione verso il regio demanio, che si è spogliato della sua proprietà e godimento d' essi beni, e non entra nel presente giudizio, sospender possa all'attore acquirente con titolo oneroso la libera disposizione de' beni medesimi —

V. Perchè se la rea convenuta credeva di poter chiamare qualcheduno a sua difesa, e con ciò ottenere la mal implorata sospensione, osservar doveva il disposto dagli articoli 175, e 178 del codice di procedura civile —,

La Corte, non avuto riguardo all' atto d' intitolata domanda incidente 11 del mese corrente, dichiara la contumacia della parte rea a favor dell'attore nella presente causa; e pronuncia ch' essa parte rea dovesse in ordine all'atto di citazione 26 luglio passato rilasciare nel dì primo ottobre decorso all' attore stesso, come nuovo padrone, le terre e fabbriche che furono concesse in affitto dal monastero di S. Zaccaria in Venezia colla locazione 27 gennaro 1802.

La sola Catterina Giusti vedova Gafforin si appellò contro questa sentenza.

Ritenne essa il principio che l'esser certa e liquida creditrice de' miglioramenti del fondo le attribuisca un gius *in re* nel fondo stesso, e quindi un diritto d'insistenza sul medesimo, finchè le sia dato di quelli il total pagamento: diritto che perirebbe interamente se aver luogo potesse il tentato immediato escommeo.

Questo diritto d' insistenza, diss'ella, è una conseguenza necessaria del titolo di proprietà sui miglioramenti. Vedesi nel tit. I lib. II delle Instituzioni di Giustiniano che bensì colui che fabbricò sull' altrui suolo o piantò nell'altrui campagna è forzato a dimetter la sua proprietà in favor del padrone del fondo, ma deve peraltro questi contemporaneamente pagargliene il prezzo, perchè arricchir coll'altrui danno non deve: l. 14 ff. *de condict. indeb.* Vedesi più chiara ancora la disposizion della legge 38 ff. *de rei vindicatione.* Se taluno, ella dice, evincerà un fondo in cui abbia il possessore fatte spese di fabbriche, di semine, *reddat impensam, ut fundum recipiat.* Dunque, finchè non sia indennizzato della spesa, non può il possessore essere astretto a rilasciarlo. Così infatti la legge prescrisse, perchè così la ragione esige. Il mezzo più efficace e più sicuro a far sì che il miglioratore ottenga sollecito il dovutogli pagamento di quella proprietà cui rinunciar deve, si è quello di non forzarlo ad abbandonarne il possesso se prima ottenuto non abbia un tal pagamento: ben essendo naturale che il desiderio d'avere la sua proprietà prontamente impegnerà il padrone a tosto eseguirlo, e lo distorrà dall'usar di quelle tergiversazioni che coltivar potrebbe

altrimenti. D'altronde è pur giusto che lo stesso miglioratore abbia una cauzione fino a che ottenga l' effettivo suo pagamento; e la miglior e più conveniente fra le cauzioni quella appunto si è ch'egli fino a tal momento ritenga la cosa da lui migliorata. Se vuol dunque il Grapputo *fundum recipere*, prima *reddat impensam*.

Nè si scusi egli col sostener che il suo contratto d'acquisto col demanio non gli addossi alcun obbligo per tali miglioramenti. Questo contratto, riguardo agli affittuali Gafforin è un'*actum inter duos*, il quale ad essi loro, come terzi, *nec prodest nec nocet*. Il diritto ch'essi esercitano di ritenzione è senza dubbio un' azion reale, come reale pur è l' azione ch' hanno d' ottener il pagamento dei miglioramenti fatti nel fondo. Toccava al Grapputo il chiamar a sollievo il demanio, se credeva ch' egli ne fosse risponsabile pel suo contratto. Il non averlo egli fatto non può diventar un motivo ragionevole per escludere l' odierna azione degli affittuali; tantomeno quantochè gli resta libero poi sempre di convenire il demanio per quel risarcimento che a termini del suo contratto d' acquisto fosse per competergli.

Conchiuse la vedova dichiarando di non opporsi all' escommeo col titolo di conduttrice per continuar nell' affittanza, ma bensì con quello di proprietaria de' suoi miglioramenti certi in diritto e liquidi in fatto per conseguirne prima il pagamento.

A queste deduzioni rispose l' appellato Grapputo incominciando dall' accusar di disordine la

procedura perchè introdotta si fosse in giudizio coll'atto incidentale l'altra vedova Gafforin Maria Ongaro, la quale nè da lui era stata convenuta colla citazione d'escommeo, nè intervenuta era in alcun di que' fatti ch'avean preceduto e dato origine alla lite.

Sul merito poi osservò in primo luogo che il proposto diritto di ritenzione risolvevasi in una eccezion dilatoria a tempo indeterminato, la quale non era ammessa da alcuna legge.

Disse in secondo luogo che neppure il gius comune (postochè questo pur si volesse prendere a regola in tale argomento) espressamente accordava il diritto di ritenzione a chi avea migliorato l'altrui fondo. Anzi lo escludevano piuttosto gli argomenti che facilmente trar si poteano da varie disposizioni dello stesso. E' massima di diritto che *quod solo accedit solo cedit*. Dunque lungi l'idea di quella proprietà che sui miglioramenti suoi vanta l'attrice. C'insegnò nelle sue instituzioni Giustiniano (§. 31 *de rerum divisione*) che se *Titius alienam plantam in solo suo posuerit, ipsius erit: & ex diverso si Titius suam plantam in solo Mævii posuerit, Mævii planta erit.* Ci avvertì che in tal caso *proprietas immutatur*, perchè la ragione impedisce che *alterius arbor intelligatur, quam cujus in fundum radicem egerit.* Così in proposito di fabbriche (§. 30 ibid.) c'insegnò che *si quis in alieno solo ex sua materia domum ædificaverit, illius fit domus cujus & solum est:* perchè quì ancora *materiæ dominus proprietatem amittit.* Che se chi semina, o pianta, o fabbrica nell'altrui suolo perde per legge la pro-

prietà de' semi, degli alberi, de' materiali, non si potrà mai pretender un diritto che soltanto al titolo di proprietà appoggiar si potrebbe. Se il padrone del suolo acquistò già per legge la proprietà anche di queste accessioni, come non potrà, usar del suo pieno dominio? Perchè dovrà tollerare ch'altri n'abbia il possesso di fatto? Sia pur saziata la pretesa de' miglioramenti; e per questi eserciti pur la vedova a termini di legge e contro a chi le compete la sua azione di pagamento: ma a pretesto di questa non inceppi ed impedisca al padrone il pieno godimento e possesso del suo fondo: Anzi dicasi più chiaramente, sotto a questo pretesto non le sia permesso di continuare illegalmente in un' affittanza già risoluta per più motivi, la di cui cessazione già da lei medesima viene confessata ed ammessa.

La Corte d' appello dietro le conclusioni del sostituto al suo regio procuratore generale, il quale domandò la conferma dell' appellata sentenza, pronunciò nel giorno 3 marzo 1809 la seguente

Decisione testuale.

Considerando che sebbene il punto incidentale 11 novembre 1808 appaja proposto tanto da Catterina Giusti vedova Gafforin, madre e tutrice *ex lege* dei di lei figlj minori Andrea, Antonio, e Marco, quanto da Maria Ongaro vedova Gafforin, madre e tutrice *ex lege* del di lei figlio minore Napoleone, nulladimeno dalla parte appellata non fu chiamata la causa all' udienza in prima istanza che in confronto della prima, cioè di Catterina Giusti

nella qualità sopradetta; e la sentenza 15 novembre 1808 della Corte di giustizia dell'Adriatico non seguì che in confronto di questa, e da essa soltanto venne appellata;

Considerando che con ciò è sanata qualunque irregolarità che presentar peravventura potesse detta domanda incidentale nella parte riguardante la specialità ed interesse di Maria Ongaro vedova del fu Giacomo Gafforin, come madre e tutrice ex lege del di lei figlio Napoleone;

Considerando (quanto al merito) che la parte rea convenuta non si oppone all' atto di congedo praticato li 28 giugno 1808 ad Andrea e fratelli Gafforin da Paolo Grapputo se non in quanto si voglia a pretesto del medesimo pretendere l' assoluto rilascio dei beni compresi nell' affittanza 27 gennaro 1802 riportata dall' abbadessa del monastero di S. Zaccaria in questa Città, come ha confessato nelle conclusioni fatte in appello, ove dichiara di non opporsi alla domanda d' escomeo col titolo oneroso dell' affittanza, nè col carattere di conduttrice, ma bensì con quello di proprietaria di que' miglioramenti che formano parte dei beni de' quali si tratta;

Considerando che questi miglioramenti son certi in massima e liquidi in fatto, mentre risultano quiditati dalla stima eseguita di consenso non pure, ma altresì col concorso del regio demanio nel giorno 5 luglio 1808 in italiane lire 8176:2; e che per il patto (art. 4.) della locazione 27 gennaro 1802 devono essere all' affittuale pagati al momento del rilascio;

Considerando che se ad un' affittuale non com-

pete il diritto di continuar l' affittanza anche dopo che sia o per voler di legge, o per patto apposito, terminata, per aver fatte delle migliorìe sopra i beni condotti ad affitto, quello però gli compete di ritenere presso di se i beni fino a che i miglioramenti stessi gli sieno intieramente soddisfatti;

Considerando che il diritto di ritenzione, il quale nulla ha di comune colla continuazion della finita locazione, limitato al pagamento dei miglioramenti liquidati, non è che l' effetto conseguente da un *jus in re* che ha il conduttore sul fondo da lui migliorato, e nel quale sta confusa la di lui proprietà con quella del locatore;

Considerando che dalla massima legale *quod solo accedit solo cedit* deriva bensì la conseguenza che debba il conduttore *oblato pretio* dimettere la sua proprietà in favor del locatore perchè attaccata al di lui fondo, ma non già che debba dimetterne la ritenzione prima d'averne ricevuto il prezzo: in quella guisa appunto in cui per legge è autorizzato l'artefice a ritenere la cosa altrui, finchè abbia ricevuto il prezzo dell' opera ch' egli ha prestata sulla cosa medesima;

Considerando esser questa la ricevuta opinione anche dei giureconsulti appoggiata alla legge del diritto comune *14 ff. de dol. mal. & met. except.* escludendo essi il diritto di ritenzione nel solo caso che, essendo i miglioramenti illiquidi, il locatore offra al conduttore una cauzione idonea pel pagamento degli stessi;

Considerando dipendere dalla volontà dello stesso locatore il riavere in libertà il suo fondo,

giacchè, tosto ch' egli paga al conduttore il prezzo de' miglioramenti, cessa la ritenzione di questo;

Considerando che non ostano a questo principio le leggi *19. §. 4, 55. §. 1. ff. locati conducti*, che accordano all' affittuale miglioratore il diritto di ripeterne il rimborso coll'azione *ex conducto*; mentre il concedere un'azione per conseguire una qualche cosa non esclude che se ne possa esercitar una diversa diretta ad ottenere la cosa stessa; massime nella circostanza che frequenti sono i casi ne' quali la legge espressamente accorda molti rimedj atti ognuno indipendentemente dagli altri a provvedere all' indennità di quello cui sono concessi,

La Corte ammette l' appellazione; e, riformando la sentenza 25 novembre 1808 della Corte di giustizia dell'Adriatico, decreta che il contratto di locazione 27 gennaro 1802 seguito tra l' abbadessa del monastero di S. Zaccaria della comune di Venezia, e Giacomo e fratelli Gafforin debba ritenersi sciolto fino dal giorno 5 ottobre 1808: ma che nondimeno la parte appellante non sia tenuta a rilasciare i fondi dall' affittanza stessa abbracciati se prima non vengano alla stessa soddisfatti i miglioramenti di ragione sui medesimi esistenti: salvo poi e riservato ogni effetto di giustizia quanto ai frutti che dal giorno primo ottobre 1808 fino alla soddisfazione dei miglioramenti si percepiranno.

SEZIONE PRIMA.

XXIX.

Fallimento, dichiarazione e fissazion d' epoca - Creditori, e loro istanze - Citazione al fallito.

Non possono i tribunali di commercio sopra le instanze d'un creditore dichiarare il fallimento d'altro commerciante e fissarne l'epoca dell'apertura, senza che le instanze sieno state introdotte con atto di citazione alla persona o al domicilio del supposto fallito.

Codice di commercio artic. 437 e seguenti.
Codice di procedura civile artic. 415, 417.

Nel dì 7 ottobre 1808 la dita Giovanni Tonolo di Venezia si presenta al tribunale di commercio, ed espone ch' essa è creditrice in forza di due lettere di cambio da Angelo di Aron Malta come accettante, e da Mandolin Malta di Trieste come traente, di lire 8504:9; che da lettere provenienti da Trieste in data 28 settembre, e 2 ottobre risulta che Mandolin Malta fuggì, e che risulta del pari da passaporto rilasciato dal commissario di polizia essersi assentato dalla comune di Venezia Angelo di Aron Malta fin dal dì 25 settembre.

Dipinge l'instante dita come colposo l'allontanamento di Angelo di Aron Malta siccome quegli

che assentossi lasciando molte cambiali a suo debito non pagate e protestate, girando e cedendo merci esistenti in dogana arbitrariamente, e recando in tal forma gravissimo nocumento a lei, ed a tanti altri delusi creditori.

Persuasa pertanto la dita Tonolo che siasi verificato il caso contemplato dagli artic. 437, 441 del codice di commercio, implorò che fosse dichiarata l' apertura del fallimento di Angelo di Aron Malta.

Accolse il tribunale di commercio l'istanza, segnando nel giorno 7 ottobre 1808 la seguente

Sentenza testuale.

Considerando, che le cambiali lasciate senza pagamento da Angelo di Aron Malta senza veruna giustificazione provano la cessazione di pagamento portato dal §. 441 del codice di commercio;

Il tribunale, inerentemente alli §§. 437, 441 del codice di commercio, dichiara l'apertura del fallimento di Angelo di Aron Malta, fissandone l'epoca alla giornata 6 ottobre corrente:

Ordina l' apposizione de' sigilli voluta dal §. 449, per cui sarà immediatamente copia di questa sentenza inoltrata al giudice di pace del primo circondario quivi residente, e perchè abbia egli relativamente al §. 453 senza dilazione ad indirizzare a questo tribunale il verbale processo di essa apposizione:

Destina il signor Giovanni Battaggia giudice in commissario del fallimento a tenor del §. 454,

nonchè Pellegrino Damiani in agente del fallimento stesso:

Ordina che sia scritta lettera al sig. commissario generale di polizia residente in questa comune all' oggetto, che, arrivando in Venezia lo stesso Angelo di Aron Malta, sia trattenuto nella casa d' arresto de' debitori a senso del §. 455:

Decreta in fine che la presente sentenza, la quale sarà provvisoriamente eseguita, sia pel disposto dal §. 459 affissa per estratto, mediante Antonio Bellotti usciere, secondo il metodo stabilito dal §. 683 del codice di procedura civile, e sia inserita nelle gazzette.

Dichiarata così dal tribunale di commercio l' apertura del fallimento, e fissatane l' epoca nel giorno precedente alla sentenza, collegatasi alla dita Tonolo la dita Arcangelo di Trieste, entrambe si fecero opponenti alla sentenza nella parte in cui venne fissata l' epoca dell' apertura del fallimento, ricercando che questa dovesse essere dichiarata fin dal giorno 25 settembre, in cui Angelo di Aron Malta ottenne il passaporto dal commissario di polizia.

Egli è sin da quel giorno, dicono le reclamanti dite, che Angelo di Aron Malta armossi del mezzo onde deludere i creditori, conoscitore della propria oberazione, fermo nell' idea di fuggire.

La cessazione de' pagamenti, l' occultazione, o la mancanza de' libri e registri, la di lui soccombenza in tutte le cause nelle quali dai suoi creditori venne impetito in giudizio, l' ottenuto passaporto in data 25 settembre, dimostrano che Angelo di

Aron Malta fuggì già fallito, e che fin dal giorno 25 settembre devesi fissare l' epoca del suo fallimento.

Anche questa instanza venne accolta dal tribunale di commercio nel giorno 18 ottobre 1808 colla seguente

SENTENZA TESTUALE.

Considerando, che il capitolo 1.°, titolo 1.°, libro 3.° del codice di commercio è operativo per i falliti indistintamente,

Che le sue prescrizioni sono dirette a colpire qualsivoglia oberazione, anche del fallito fuggitivo,

Che questo non avverebbe, qualora fosse lecito di deludere ogni principio di ragione con una fuga concertata a danno della massa de'creditori,

Che presso Angelo di Aron Malta non si sono ritrovati libri di negozio ed altre carte equivalenti a stabilire bilancio alcuno,

Che Angelo di Aron Malta dichiarato fallito nel giorno 6 corrente pel giudicato, è poi anche pel fatto proprio fuggitivo, e quindi riputar si deve oberato sino dal giorno della sua evasione, epoca in cui, sottraendosi, cessò di agire in questa comune;

Il tribunale ammette l'opposizione della dita Giovanni Tonolo, ed Emanuel Arcangelo alla sentenza pronunciata li 7 corrente nella parte che riguarda l'epoca dell'apertura del fallimento, e perciò dichiara ch'essa epoca viene ora fissata nel giorno 24 settembre prossimo passato.

D' amendue le sentenze appellossi Angelo di

Aron Malta, ed implorandone la revocazione, spiegò la seguente difesa.

Io non era, diss'egli, che un semplice agente di Mandolin Malta di Trieste, nè poteva essere involto nel fallimento del mio principale, col quale non aveva alcuna comunità d'interessi.

Partito da Venezia con passaporto e pieggieria nel dì 25 settembre, recandone notizia agl'interessati negli affari del mio principale, senza cessazione di pagamenti, non potevasi fissare l'epoca del fallimento in un giorno in cui niente macchiava la mia mercantile condotta.

Quanto ebbe luogo prima delle reclamate sentenze non mi contemplò che nella figura di mandatario di Mandolin Malta; la mia specialità non vi fu giammai involta, nè ciò deve pregiudicarmi.

Se i tribunali di commercio potessero sopra le sole instanze d'un creditore qualunque, dichiarare il fallimento d'un commerciante, quanto dispone la legge nel proposito sarebbe inutile, nè vi sarebbe solida dita che non potesse andar soggetta a tanto infortunio.

Il difetto di libri e registri può servire a determinare la qualità del fallimento, non mai a fissarne l'epoca: La mia partenza non fu accompagnata da alcuna di quelle circostanze, in forza delle quali si possa intitolarla fuga.

Coll'appoggio delle suesposte ragioni implorò Angelo di Aron Malta la riforma delle due sentenze dal tribunale di commercio a di lui danno pronunciate.

Gli appellati così risposero.

Gli atti di commercio da lungo tempo esercitati dall' appellante lo costituiscono commerciante a termini del primo articolo, e del 628 del codice di commercio. Non è se non in presente, che Angelo di Aron Malta ricusi il titolo di commerciante del quale fece sempre uso per lo passato. L'essere l'appellante in comunicazione di affari col Malta di Trieste non lo costituisce un'agente per conto altrui, nè la malizia usata di non farsi inscrivere nell'elenco dei commercianti distrugge ciò ch'emerge del fatto.

L'appellante cessò di fare i suoi pagamenti, quindi si costituì in istato di fallimento; e la legge apre l'adito a qualunque creditore di chiederne l'apertura. Malta fuggì; l'epoca della fuga è quella del fallimento.

Fuga fu quella dell'appellante, non innocente partenza; tale la costituiscono la precedente cessazione de' pagamenti, la occultazione dei libri, la alienazione degli effetti.

Gli articoli 437, 440, 441, 449 del codice di commercio stanno contro l'appellante, il quale non nega già d'essere fallito, ma vuole che non abbia ad essere dichiarata l'apertura del di lui fallimento nel dì 25 dicembre ond'essere posto in tempo di fare come fallito la sua dichiarazione.

La Corte d'appello, sentito il pubblico ministero il quale fece instanza per la conferma delle appellate sentenze, prescindendo dalle conclusioni della parte appellante, le annullò entrambe nella seduta 23 marzo 1809 colla seguente

Decisione testuale.

Considerando che la sentenza del tribunale di commercio di Venezia 7 ottobre 1808 che ha dichiarata l'apertura del fallimento di Angelo di Aron Malta e l'apposizion de' sigilli coll'altre dichiarazioni come in essa, non è seguita d'uffizio per la dichiarazione del fallito, o per la notorietà pubblica, ma è seguita per la richiesta di Francesco Tonolo per la sua dita Giovanni Tonolo, come creditore da esso Malta, che ne fece l'istanza,

Considerando che per l'artic. 638 del vigente codice di commercio, la forma di procedere avanti i tribunali di commercio dev'essere in conformità di quanto è stato prescritto nel titolo 25. del codice di procedura civile libro II. parte I., sul modo di procedere avanti i tribunali di commercio,

Considerando che in detto titolo 25. all'articolo 415 è prescritto che qualunque istanza s'introduce con semplice atto di citazione, conformemente a quanto è prescritto al titolo delle citazioni,

Considerando che da questa regola generale non sono eccettuati nè i casi urgenti, nè i casi di fallimento, perchè nel detto titolo delle citazioni all'art. 59 è prescritto che in materia di fallimento la citazione si pratica avanti il tribunale del domicilio del fallito; e l'articolo 68 provvede anche nel caso che la parte da citarsi non si trovi al suo domicilio e nell'art. 417 dello stesso titolo 25.to è provveduto anche pei casi che ricerchino pronta spedizione, essendo in tali casi autorizzato il presidente del tribunale di commercio a permettere la citazione anche un'ora per l'altra, ed a far assicurare gli effetti mobiliari,

Considerando che colla detta sentenza 7 ottobre il tribunale ha giudicato sull'istanza del Tonolo per la sua dita, senza che l'istanza stessa fosse introdotta con atto di citazione al domicilio di Angelo di Aron Malta, e quindi contro il disposto in detto artic. 415 del codice di procedura civile,

Considerando che la seconda sentenza del tribunale suddetto 18 ottobre 1808, pubblicata li 21 detto è parimenti seguita sulle istanze del detto Tonolo, e d'Elia Arcangelo opponenti, senza che le istanze stesse fossero introdotte con alcuna previa citazione al Malta,

La Corte ammette l'appellazione, e, prescindendo dalle conclusioni dell'appellante, annulla le due sentenze suddette 7 ottobre, e 18 ottobre 1808 del tribunale di commercio di Venezia, come seguite sulle istanze di una parte senza citazione dell'altra, contro il prescritto dall'artic. 415 del codice di procedura civile: salve le ragioni delle parti nel merito, ed ogni effetto di giustizia a termini di ragione, e di legge.

Sezione Commerciale.

XXX.

Testamento olografo - Testamento mistico - - Nullità -

Un testamento scritto interamente, datato e sottoscritto dal testatore, essendo stato dal testatore medesimo consegnato al notajo, e ricevuto dal notajo, ma non essendosi esaurite tutte le solennità che la legge esige per la validità del testamento mistico, può rimaner valido come olografo.

Codice civile artic. 970, 976, 1001.

Gioseffa Cornet nel 24 gennaro 1807 scrive di proprio pugno, e sottoscrive il suo testamento, in cui instituisce erede il proprio marito Pietro Nonis: vi appone anche la clausola codicillare esprimendo che *valer debba per ragion di testamento; e se per tal ragione valer non potesse per ommissione di qualche solennità, vaglia e tenga per ragione di Codicillo e donazione causa mortis, o per qualunque altra causa dalle leggi permessa.*

Nel giorno 29 del mese stesso essa presenta questa carta perchè la custodisca al notajo in Cordovato Gaspare Rossetti, il quale la riceve alla presenza

di quattro testimonj, e vi estende l' atto di soprascrizione.

Manca a' vivi la testatrice nel 29 agosto 1807 senza figlj: viene aperto e pubblicato il testamento innanzi al giudice di pace di San Vito.

Gabriele Cornet padre della testatrice, ed i di lui figlj, fratelli della medesima, accusano di nullità la disposizione di Gioseffa in confronto del di lei marito, erede.

La causa è portata innanzi la Corte di giustizia civile e criminale del Tagliamento.

Non v' ha dubbio, dicono gli attori, che la testatrice far volle un testamento mistico, tostochè ha chiamato nella sua casa il notajo co' testimonj, gli presentò la sua disposizione, lo pregò di custodirla ed, in caso di sua morte, di pubblicarla ed avvalorarla conforme alle leggi. Il notajo per di lei volontà ha ricevuta la carta, e vi ha esteso l' atto di soprascrizione, e dopo la sua morte la pubblicò come mistica disposizione. Quindi è chiaro che la testatrice con pienezza di volontà assoggettò la sua disposizione a tutte le regole prescritte pei testamenti mistici dal codice Napoleone. Ma tali regole furono violate: dacchè, mentre la legge nel testamento mistico esige sotto pena di nullità la presenza e la firma almeno di sei testimonj, a questo non assistettero nè si sottoscrissero se non quattro; dunque esso è nullo.

Concede il reo convenuto il difetto dell' atto notarile considerato come quello d' un testamento mistico; ma sostiene che superflua ed oziosa siasi in tal caso tutta la parte che in questa disposizione

presero e notajo e testimonj, ed inopportuna qualunque indagine di formalità: che debba soltanto attendersi a quella parte che vi prese la testatrice, ed unicamente cercar si debba se essa abbia interamente scritta e sottoscritta di suo pugno, e datata la carta: locchè certo essendo, ne consegue che la testatrice ha fatta una disposizione olografa, la quale oltre a ciò non abbisogna, al dir della legge, d'alcun'altra formalità. Osserva poi che infatti la testatrice espresse di consegnar la carta al notajo perchè la custodisse. Dunque non ebbe neppur intenzione di fare un testamento mistico, ma soltanto ella si servì del notajo perchè questi fosse il depositario ed il custode della sua olografa disposizione.

La Corte di giustizia del Tagliamento, contro le conclusioni del suo regio procuratore generale, con sentenza 20 giugno 1808 pronunciò la validità della disposizione.

Sentenza testuale.

Considerando che il testamento controverso è tutto scritto, datato, e firmato dalla testatrice, e che perciò in esso si trovano tutt'i requisiti ordinati dall'artic: 970 per assumer il carattere di testamento olografo,

Considerando che se questo testamento in tal modo conformato si fosse rinvenuto presso la testatrice, non segli poteva per la vigente legge contendere una piena validità e forza per essèr eseguito,

Considerando ch' essendo tali testamenti dal citato articolo dichiarati immuni da ogn'altra for-

malità, era quindi in arbitrio della testatrice tanto il ritenerlo, quanto il produrlo in atti notarili per esser conservato, custodito, e dopo la sua morte pubblicato,

Considerando che colla dichiarazione la testatrice non esternò in modo alcuno che fosse sua volontà d'assoggettarlo unicamente alle formalità dei testamenti mistici, anzi dichiarò precisamente nel suo testamento che invocava il beneficio di qualunque legge in appoggio della sua ultima volontà; e quindi concluder si deve che fosse la sua intenzione unica e sola quella che dovesse valere in qualunque forma non contraria alle leggi,

Considerando che l'aggiunta fatta di nuove formalità nell'atto della consegna notarile, benchè imperfettamente eseguite, non gli toglie l'esattezza e perfezione che in se contiene di valido e legale testamento olografo, non essendovi nel sovrano codice alcuna prescrizione che tanto additi e comandi,

Considerando che anzi per le massime legali dal diritto comune dedotte è chiaro che *ea quæ ex abundanti fiunt non solent nec vitiare nec nocere*, e che tutte le deduzioni opposte reggerebbero al più nel caso in cui la testatrice avesse formalmente dichiarato di voler che la sua disposizione assumesse esclusivamente il carattere di testamento mistico, il che certamente non ha luogo nel caso di cui si tratta,

Considerando esser affatto inattinente alla presente questione l'artic. 979, poichè egli riguarda il solo caso in cui non potendo parlar il testatore, non

possa in conseguenza manifestare la sua volontà; e perciò in tal peculiar caso comanda che, volendo egli disporre, debba tutta di pugno proprio scriver la sua ultima disposizione, e subordinarla alle forme del mistico testamento; caso non applicabile al fatto della testatrice che poteva parlare e che in fatto parlò, nè scelse esclusivamente la forma mistica,

Considerando che l' intenzione solita di tutt'i testatori si è che le ultime loro volontà ottengano il suo effetto per quant' è possibile; dal che non lice al giudice recedere se non in quanto vi s' opponga espressamente la legge; e perciò deve tenersi per fermo che, ove non esista una *precisa dichiarazione di voler in via esclusiva scegliere piuttosto l'una* che l' altra forma di testare, quella forma sia da riputarsi attendibile, in cui trovansi adempiute le solennità legali,

Considerando che dopo queste considerazioni e riflessi, egli è superfluo d' esaminar la questione dagli attori proposta sull' invalidità del testamento suddetto in forma mistica,

La Corte rigetta le conclusioni della parte attrice ec.

Interposero gli attori l' appellazione contro questa sentenza.

Se la testatrice, essi dissero, volle assoggettare la sua disposizione alla legge del mistico testamento, come indubbiamente lo prova l' aver essa chiamato il notajo ed i testimonj, e l' avere a lui consegnata la carta non già per custodirla soltanto, ma ancora per aprirla, roborarla, e pubblicarla, non ha luogo l' argomentazione ipotetica che se

quella disposizione sarebbe riuscita valida come olografa, ove la si fosse trovata in di lei casa, dev'esser valida del pari, essendo stata in deposito presso il notajo. La ragione sorge dal fatto ; ed è un fatto appunto essenzialissimo quello che la testatrice non abbia serbata presso di se la sua disposizione, ma l' abbia voluta consegnare al notajo, facendovi da lui stendere l' atto di soprascrizione proprio de' testamenti mistici. Da questo fatto appunto deriva che la testatrice *quod voluit non fecit*. Era dapprima in di lei arbitrio il fare il suo testamento olografo, ovvero il mistico. Ma se prescelse quest' ultimo, e, determinatasi a farlo mistico, chiamò il notajo ed i testimonj, e fece stendere l' atto di soprascrizione, essa rinunciò volontaria alla libertà in cui era di far testamento olografo, e si è obbligata invece a farlo mistico, e quindi ad osservar sotto pena di nullità le leggi per quello disponenti. L'articolo 1001 del codice pronuncia la nullità assoluta del testamento mistico nel quale non sieno state eseguite tutte le formalità ordinate per esso. Non sarebb' egli un prendere a gioco la legge il permettere che un tal testamento dichiarato nullo sotto alla sua propria forma, riprodur si potesse sotto una forma diversa, ed ottenere col mezzo di questa metamorfosi l' effetto di quella validità che assolutamente gli è negata ?

Ritenne in suo favore il reo convenuto i motivi tutti dell' appellata sentenza ; e specialmente appoggiossi al riflesso che la testatrice non erasi espressa di avere scelta piuttosto l' una che l' altra forma di testare ; ma aveva in genere, particolar-

mente colla clausola codicillare, spiegato l' unico voto che la sua, qualunque si fosse, disposizione riportar dovesse un'esecuzione immancabile. Che se pertanto eravi una tal maniera di testamento dalla legge riconosciuto a cui questo corrispondesse, qualunque ne fosse il nome, si dovea credere che in quella appunto avesse la testatrice disposto: giacchè *credendus non est quisquam genus testandi eligisse ad impugnanda juditia sua*. L. 3. ff. *de testamento militis*.

Aggiunse poi l' esempio desunto dall' art. 56 del regolamento sul notariato, per cui l' atto dichiarato nullo per difetto di solennità, conserva nondimeno il valore di scrittura privata qualora vi sia la sottoscrizione delle parti contraenti. Per una pari ragione dovrà dunque anche il testamento per difetto di solennità annullato dalla legge conservar il valore di olografo, qualora sia stato datato, scritto, e sottoscritto dal testatore. Ciò consentaneo essendo alla massima di giustizia e di legge che *utile non vitiatur per inutile*.

Nel giorno 7 aprile 1809 la Corte d'appello sulle conformi conclusioni del sostituto al regio procuratore generale rese la seguente

Decisione testuale.

Considerando che il testamento 24 genn. 1807 della fu Gioseffa Cornet Nonis è tutto scritto, sottoscritto e datato di proprio pugno dalla testatrice, ed è perciò in forza dell'articolo 970 del codice

Napoleone un testamento olografo valido per se, e non soggetto ad alcun' altra formalità,

Considerando che colla consegna fatta li 29 del mese stesso dalla testatrice del detto suo testamento al notajo alla presenza di quattro testimonj, essa non ha voluto fare un testamento mistico, nè assoggettar la validità del medesimo alle forme prescritte dal detto codice pel testamento mistico, perchè non solo essa avea manifestata prima la sua volontà che il suo testamento *vaglia per qualunque causa dalle leggi permessa*, e non solo nell'atto della consegna nè da essa nè dal notajo fu espresso di fare un testamento mistico, ma fu espresso anzi che la consegna ed il rogito si è fatto unicamente per assicurar la custodia e dopo la di lei morte la pubblicazion ed avvalorazione conforme alle leggi del detto suo testamento,

Considerando che non è vietato dalla legge di consegnare il proprio testamento olografo a qualche persona, e molto meno ad un notajo, presenti uno o più testimonj; e che quest' atto, benchè superfluo, non può viziare un' atto per se valido e non soggetto ad alcun' altra formalità qual è il testamento olografo, scritto interamente datato e sottoscritto di propria mano del testatore,

Considerando che l' ommissione d' alcune delle formalità prescritte dal codice negli articoli 976 e seguenti, rende nulli, in forza dell'artic. 1001, del codice stesso i testamenti mistici, che non ponno esser validi se non sono osservate le formalità stesse; ma non può esser motivo di nullità contro un testamento olografo, qual è il controverso, per

la validità del quale basta che sieno osservate le formalità prescritte nell' articolo 970,

La Corte rigetta l' appellazione ec.

SEZIONE PRIMA.

XXXI.

LEGATO - FIGLIO adulterino - DIMOSTRAZION falsa - NULLITA' di legato -

1°. Il legato che il testatore scrive in favor d' un figlio nato da donna maritata, qualificandolo come di lui figlio naturale, è nullo.

2° Questa qualificazione non è quella falsa dimostrazione che non vizia il legato, ma è un' errore nella qualità essenziale impellente alla disposizione a favore del mal supposto suo figlio.

3°. Quand'anche il beneficato gli fosse realmente figlio, sarìa nullo il legato, perchè in frode del disposto dalla legge.

Codice civile artic. 762, 908, 911.

Gio: Battista Vimena scrisse nel di lui testamento 14 gennajo 1807 – *Io tengo una figlia natu-*

rale di nome Anna Maria, nata nel luglio 1805, e battezzata in questa medesima mia camera dal reverendo signor don Giuseppe Sasso, col nome e dichiarazione che è mia figlia. A questa mia figlia naturale, lascio la mia casa d'abitazione coi mobili ed utensili, e le possessioni di Cozzuol e di Colle. Soggiunse - *nelli quali stabili di case e terreni instituisco libera erede la detta mia figlia naturale, ed eleggo due commissarj, i quali avranno il dovere di dirigere e preservare alla detta mia figlia naturale questa porzione di facoltà.*

Poco dopo la morte del testatore succede quella della legataria infante. Insorgono allora Giacomo, Francesca, ed Elena, fratello e sorelle del testatore Vimena; ed accusano di nullità il legato in concorso di Elisabetta dalla Dia, che qualificano madre della defunta Anna Maria, e che viene citata alla forma degli assenti avanti la Corte di giustizia civile e criminale del Tagliamento.

L'infante Anna Maria, dicevano, è nata dalla nominata Elisabetta dalla Dia moglie di Lucio Cavezzago. La qualità di domestica nella casa di Gio: Battista Vimena è un manto che mal copriva l'amorosa loro corrispondenza. Il marito viveva in altra comune, e non solo non era soddisfatto della condotta della moglie, ma sulla notizia del di lei stato di pregnanza e del parto successivo, non ha mancato di farne i suoi lagni con lettera diretta allo stesso Gio: Battista Vimena. Il registro battesimale scritto da quel medesimo don Giuseppe Sasso esprimeva, ch'era indubitatamente figlia naturale di Gio: Battista Vimena e di madre ignota. Una an-

notazione privata di Vimena portava, che desso erano il genitore unitamente alla dalla Dia; la levatrice ed un chirurgo con loro scritta attestazione affermavano la stessa cosa.

Provata in tal modo la maternità della defonta infante, gli attori pretendevano di avere esaurita ogni prescrizione di legge. La dalla Dia era in costanza di matrimonio: se nonostante padre dell'infante fu il testatore, essa era dunque una figlia adulterina. I figli adulterini per l'articolo 762 del codice Napoleone appena possono godere degli alimenti. La disposizione di Gio: Battista Vimena d'assai sorpassa ogni misura alimentaria; dunque deve esserne giudicata la nullità.

Il regio procuratore generale conchiuse per la nullità del legato.

Sentenza testuale.

Della Corte di giustizia del Tagliamento 24 novembre 1808.

Visti gli articoli 312, e 317 del codice di procedura civile,

Considerando che un figlio concepito durante il matrimonio ha per massima generale per padre il marito; e che allora solo per l'artic. 312 si potrà negare ad esso questa qualità, quando sia provato che durante il tempo trascorso dal trecentesimo al cent'ottantesimo giorno prima della nascita del figlio fosse stato il marito, o per causa di allontanamento, o per effetto di qualche accidente, nella fisica impossibilità di coabitare colla moglie;

Considerando che, quantunque per l'art. 317 del codice stesso possa competere agli attori l'azione di contendere alla figlia nata da Maria Elisabetta dalla Dia moglie di Lucio Cavezzago la legittimità della sua nascita, pure è innegabile che non è stata dai medesimi addotta la certa prova voluta dal succitato artic. 312; inattendibile essendo a tale oggetto tanto la lettera scritta dal detto Cavezzago, la quale non fa prova, non dipendendo dal suo assenso o dissenso la legittimità della prole, ma solo dalla contestata fisica impossibilità della coabitazione colla moglie, quanto le asserzioni dell' asserto padre della medesima, o il registro battesimale, che non può toglierle quello stato che le leggi le accordano, se non dietro i fatti comprovati a senso dell' articolo medesimo;

Considerando che in deficienza di queste prove si deve considerare che fosse legittima la figlia predetta ora defonta;

Considerando che la falsa dimostrazione con cui essa nel testamento di Gio: Battista Vimena è stata enunciata, non vizia il legato in suo favore disposto, per la massima legale universalmente adottata da tutte le leggi, per cui è ricevuto come assioma: che se un testatore, il quale indicò abbastanza la persona del legatario, abbia allo stesso aggiunta una qualità in fatto a lui non competente, questa aggiunta, benchè falsa, nulla cangia alla sua disposizione; ed è regola generale in diritto, che *falsa demonstratio neque legatario neque fideicomissario nocet, neque heredi instituto, veluti si fratrem dixerit, vel sororem, vel nepotem, vel quodlibet alium;*

Considerando che da questa premessa deriva la certa conseguenza che non sia caducato il legato con detto testamento disposto a favore della fanciulla Anna nata da Maria Elisabetta dalla Dia Cavezzago per averla il testatore qualificata nel suo testamento come figlia sua naturale; poichè le indicazioni fatte dimostrano abbastanza quale sia la persona beneficata;

Considerando che il testamento 14 gennaro suddetto non può considerarsi nullo neppur nella parte del beneficio lasciato alla detta fanciulla;

La camera civile, in assenza della parte rea convenuta, giudica la sussistenza del testamento del fu Gio: Battista Vimena 14 gennaro 1807 ricevuto dal sig. Giuseppe Antonio Melsio notajo di Ceneda anche nella parte in cui fu beneficata l'ora defonta Anna Maria figlia di Elisabetta dalla Dia Cavezzago, col legato in suo favore disposto del luogo dominicale in Ceneda coi mobili ed utensili in quello esistenti, non che degli altri luoghi di Colle e Cozzuol, con le case in riva ed in piano ed utensili.

Reclamando gli attori Vimena dissero, che nelle due ipotesi o di ritenersi la infante Anna Maria figlia adulterina, o figlia del matrimonio della Dia con Cavezzago, la conseguenza è sempre la nullità del legato.

Nel primo caso è aperta la disposizione del codice Napoleone, che vieta che questi figli della più riprovata unione possano godere maggiori beneficj di quello di una semplice alimentaria prestazione; Ora se si pretendesse che questa fosse tale, sarebbe poi stata fatta senza l'indicazione di titolo

alimentario; sarebbe eccedente; vi sarebbe l'alienazione delle cose legate; ed in ogni caso colla morte della bambina cesserebbe il legato, e per la madre non vi potrebbe essere alcun diritto per gli alimenti, i quali soltanto alla vita dell'adulterino sono prefiniti.

Nella seconda ipotesi, non trovando nel codice Napoleone una precisa disposizione, ricorsero al diritto comune, come quello che, quasi ragione scritta, diventa l'ordinario supplemento della nuova legislazione.

La falsa dimostrazione, eglino dissero, non vizia nè l'instituzione dell'erede, nè il legato, qualora risulti con bastante chiarezza qual persona abbia inteso il testatore di beneficare, benchè nell'indicarla l'avesse falsamente qualificata. Ma per quanta estensione a questo teorema legale dar si volesse coll'appoggio della legge 17 *ff. de condict. & demonstrat.*, è certo che le leggi medesime vi fanno un'eccezione, ed annullano l'instituzione od il legato nel caso in cui sien fatti dal testatore a favor di taluno come suo figlio, e si trovasse poi che tale non era. La legge 46 ff. *de jure fisci* così esprimesi - *Aufertur ei, quasi indigno, successio, qui, cum heres institutus esset ut filius, post mortem ejus qui pater dicebatur, suppositus declaratus sit.* Lo stesso dice la legge 4 *cod. de heredit. instit.:* e la legge 5 *cod. de testam.* soggiunge. *Nec professio, nec adseveratio nucupantium filios qui non sunt veritati præjudicat; & quæ ut filiis relinquuntur, juxta ea quæ a principibus statuta sunt, non deberi, certi juris est.*

L'aver dunque il testatore qualificata come *sua figlia naturale* la nominata Anna Maria nell'atto di lasciarle come tale il legato (mentre o non è sua figlia, o se lo fosse, sarebbe adulterina invece che naturale, perchè nata dalla moglie di Cavezzago) non è altrimenti quella falsa dimostrazione che non vizia il legato, ma è un falso supposto del testatore, il quale in forza delle leggi anzidette rende nullo il legato.

Si dirà forse che le disposizioni di quelle leggi non sieno applicabili al caso, perchè, quantunque la legataria sia nata da donna avente marito, non è però provato ch'ella non fosse figlia del testatore, come quelle leggi sembra ch'esigano; e quindi che, salva la verità del fatto intorno all' esser di lui figlia, siavi falsa dimostrazione nell'averla qualificata come naturale anzichè adulterina, e non debba perciò il legato annullarsi.

E' facile peraltro il rispondere a quest' objezione. Tostochè la fanciulla è figlia di donna che avea marito, è provato ch'essa non era figlia del testatore. Costituisce prova legale la presunzione stabilita dalla legge: e la legge presume che quello sia il padre *quem nuptiæ demonstrant*. In materia di filiazione ci ha già prevenuti l' altra legge riferita poc' anzi, che *neque professio, neque adseveratio, veritati præjudicat*. E d'altronde, quand'anche fosse legalmente provato che la fanciulla realmente figlia del testatore si fosse, e che pertanto l' averla egli qualificata come *naturale* piuttostochè adulterina stato fosse un' errore di dimostrazione semplicemente, sarebbe poi nullo per altra ragione il le-

gato; cioè per la prescrizion d'altre leggi che vietano le disposizioni in favor de'figli adulterini, dichiarandoli persone incapaci a ricever beneficio.

Il sostituito al regio procurator generale conchiuse, che, non essendo ben accertato che la defunta figlia Anna Maria sia nata da Elisabetta dalla Dia, debba questa prova essere ordinata a termini dell'articolo 330 del codice Napoleone. Soggiunse poi, che quando la Corte ritenesse provata abbastanza la maternità dell'infante beneficata, sarebbe a dichiararsi nullo il legato, perchè la medesima o non è figlia del testatore, o è figlia d'adulterio.

La Corte d'appello nel giorno 11 aprile 1809 pronunciò la seguente

Decisione testuale.

Considerando che dai certificati in munere della levatrice e del chirurgo assistenti al parto di Elisabetta dalla Dia moglie di Lucio Cavezzago seguito il giorno 27 luglio 1805 in casa del fu Gio: Battista Vimena, è provato che la figlia nata dalla medesima è quella che dallo stesso Vimena fu fatta battezzare nel giorno medesimo nella propria casa dal parroco don Giuseppe Sasso, con la qualificazione di figlia naturale di esso Vimena e di madre N. N.; con le quali prove, oltre la dichiarazione dello stesso parroco nell'atto battesimale, e la sua dichiarazione 25 marzo 1809 relativamente alla madre, combina il registro fatto dal Vimena nel giorno medesimo 27 luglio 1805 nel suo libro a carte 133 tergo, e non è quindi necessaria ulterior prova;

Considerando che la figlia della donna maritata è qualificata da tutte le leggi figlia del marito, salvi i casi di eccezione, dell'esistenza dei quali nel giudicio presente non v'è alcuna prova;

Considerando che il fu Gio: Battista Vimena nel suo testamento 14 gennaro 1807, dopo aver dichiarato di tener una figlia naturale nata nell'anno 1805 nel mese di luglio battezzata nella sua casa dal reverendo don Giuseppe Sasso col nome di Anna Maria, e colla dichiarazione ch'è sua figlia, disse che a questa sua figlia lasciava la sua abitazione e gli altri suoi beni, come in detto testamento; instituendo dei medesimi libera erede la detta sua figlia naturale;

Considerando che l'aver dichiarata la detta Anna Maria sua figlia e naturale, e perciò instituita sua erede, non è una falsa dimostrazione, che non vizia il legato quando consta della volontà; ma od è un errore nella qualità impellente alla disposizione di supporla sua figlia naturale, ed in questo caso la disposizione è nulla per mancanza di volontà; o lo è piuttosto nella sua credenza che quantunque nata da donna maritata fosse sua figlia, ed in questo caso è una frode tentata alle leggi del codice Napoleone agli artic. 762, 908, e 911;

La Corte dichiara la contumacia a favor della parte appellante, e contro la parte appellata Elisabetta dalla Dia Cavezzago, e pronunciando sul merito, ammette l'appellazione, riforma la sentenza della Corte di giustizia civile e criminale del Tagliamento 24 novembre 1808, e giudica essere nulla e di niun effetto la disposizione testamentaria

del fu Gio: Battista Vimena 14 gennaro 1807 nella parte in cui ha beneficato la detta ora qu. Anna Maria nella supposta qualità di sua figlia naturale; non facendosi luogo a condanna nelle spese.

UDIENZA SOLENNE - SEZIONI RIUNITE.

XXXII.

TESTAMENTO MISTICO - SOTTOSCRIZIONE del Testatore - TESTIMONIO minore - NULLITA' -

---

1.° E' nullo un testamento mistico in cui l'atto di soprascrizione manchi della firma del testatore in fine, quand'anche avesse questi firmato in fronte il foglio medesimo.

2.° E' nullo un testamento mistico nel quale sia intervenuto un testimonio minore.

Codice civile articoli 976, 980, 1001.
Regolamento sul notariato art. 44.

Antonio Maria Barea Toscan fa scrivere da altra mano il proprio testamento, che sottoscrive esso in tutte le facciate.

In fronte della carta d' involto, di carattere del testatore si legge — *Il presente plico contiene il mio ultimo testamento ed ultima volontà, fatto scrivere da persona mia confidente, e da me sottoscritto facciata per facciata* — firmato *Antonio Maria Barea Toscan affermo mano propria :* Nell' atto di soprascrizione, non si fa menzione, che il testatore abbia scritte e sottoscritte l' espressioni surriferite; non si parla, nè avvi la firma del testatore; firmano invece col notajo i sei testimonj sui quali si esprime che non hanno alcuna legale eccezione.

Marianna ed Angela Barea Toscan figlie ed eredi del testatore, per non pagare un legato a favore di un loro zio paterno, spiegarono domanda di nullità del testamento. Dicevan esse —

Per il prescritto dall'art. 976, nell'atto di soprascrizione del testamento mistico il testatore deve *sottoscrivere unitamente* al notajo, ed ai testimonj. Non si può *sottoscrivere* senza che alcuna cosa in precedenza sia stata scritta. Deve dunque essere scritto per mano del notajo quanto s' indica dal riferito articolo, perchè poi la immediata firma del testatore, testimonj, e notajo possa venire legalmente apposta. Se volesse dirsi, che in fronte della carta d' involto del testamento vi ha la firma del testatore, questa non sarebbe stata fatta nel suo vero luogo, nè in unito contesto. Non nel suo luogo, giacchè sarebbe scritta nella parte superiore del foglio, e fuori dell'atto di soprascrizione. Non si verificherebbe l'altra prescrizione della legge *unitamente* perchè deve ritenersi fatta prima che il

notajo stendesse il suo rogito. Mancando perciò nell' atto la sottoscrizione del testatore, e neppure essendovi alcuna annotazione nell' atto stesso che possa servire di supplemento al rimarcato difetto, deve dirsi, che si è contravvenuto alla legge, e quindi verificato il caso della nullità comminata all' articolo 1001.

Ma non è questo il solo vizio, che si rilevi. I sei testimonj sono indicati idonei e legali. Uno di essi però, cioè Gio: Battista Calegaro è minorenne, come lo dimostra la prodotta fede battesimale. Per l' art. 980 i testimonj al testamento, e quindi tanto al solenne, quanto al mistico, come più letteralmente lo spiega l' art. 44 del regolamento notarile 13 giugno 1806, *devono essere maschi maggiori di età*. Calegaro non arrivava ai venti anni. Tutte le prescrizioni nei testamenti sono sacramentali; la loro inesecuzione porta indistintamente la nullità; il riferito articolo 1001 è generico, regolamentare; ogni interpretazione vi è esclusa.

Il legatario zio paterno delle attrici chiamò in causa a difesa il notajo Almerico Castellis, che aveva scritto l' atto di soprascrizione. Castellis difese da se solo il testamento.

Nella carta stessa, diss'egli, dove è steso l'atto, si legge ancora di carattere del testatore che il plico conteneva il suo testamento scritto da altra mano, e da lui firmato in ciascuna facciata. Finiva quest' annotazione colle parole — *Antonio Maria Barea Toscan affermo mano propria* —

Si concede che per l' art. 976 l' atto di soprascrizione dev' essere firmato dal testatore; ma vi

sarebbe di più in questo caso: l' espressioni cioè che il plico contiene il suo testamento. Tutte le presunzioni stanno per ritenere, che nel medesimo contesto di tempo, il testatore abbia stesa, e firmata l' annotazione mentre si deveniva ancora all'altra scritturazione firmata poi dal notaro, e dai testimonj. La legge non ha data una formola particolare per la stesa dell' atto di soprascrizione. La firma del testatore, testimonj e notajo nel medesimo tempo sono le prescrizioni. Tutto venne adempito: dunque il primo obietto è insussistente.

Non si contrasta, che il testimonio Calegaro potesse essere minorenne. Ma quando cogli altri fu chiamato al rogito, ha data invece una contraria asserzione. Mostrava, ed era universalmente ritenuto d'età maggiore. *Error comunis facit jus;* non è colpa imputabile al notajo ed al testatore l'essersi prevalso di un testimonio, che si sarebbe rigettato qualora si fosse scoperta la di lui incapacità.

A sovrabbondanza poi, tanto sulle circostanze risguardanti il testimonio Calegaro, quanto sulla firma del testatore fatta nell'ordinato contesto di tempo, ha stimato di produrre i correlativi articoli probatorj.

La Corte di giustizia del Tagliamento nel giorno 18 giugno 1808, sulle conformi conclusioni del pubblico ministero, pronunciò la seguente

Sentenza testuale.

Considerando che nell' importante materia de' testamenti furono in ogni legislazione riputate

di stretto rigore tutte le forme, e solennità prescritte dalle leggi respettive per la loro validità,

Considerando che lo spirito del codice sovrano prescrivente all' art. 976 le moltiplici forme da osservarsi ne'testamenti mistici, è di render efficaci le ultime volontà coll' assicurarne ne' modi possibili la verità e la non alterazione contro gli attentati dell'altrui malizia e cupidigia, e che, avendole tutte in forma risoluta comandate, è chiaro che il legislatore conobbe dover dipendere l' adempimento di questo specioso oggetto dalla sola realizzata unione delle medesime, e che sarebbe un assurdo il supporre o ammettere delle oziosità, o superfluità in queste prescrizioni,

Considerando perciò che in fatto di tali testamentarie solennità non vi può esser luogo ad argomentazioni arbitrj o conghietture, ma devono essere tutte litteralmente eseguite, dipendendo dalla loro esatta esecuzione la legal garanzia della volontà de' testatori,

Considerando che il notajo nell'esercizio del geloso suo ministero è tenuto, prima di devenire all'erezione di un atto qualunque, ad instruirsi delle forme dalla legge richieste per la validità del medesimo, e ad assicurarsi pur anco dello stato delle persone che devono intervenirvi, e della qualità di quelle della cui opra si serve, ond'esser certo della fedele esecuzione delle prescrizioni tutte alla sua esattezza affidate,

Considerando che l' art. 976 del Codice Napoleone tra le forme richieste alla validità de' testamenti mistici imperiosamente prescrive l' inter-

vento all' atto di soprascrizione di sei testimonj almeno, e che l'atto stesso sia sottoscritto dal testatore e dal notajo unitamente alli testimonj , volendo che il tutto sia fatto di seguito, e senza deviare ad altri atti,

Considerando che per l'art. 980 di detto codice non può intervenire come testimonio in tali atti sennon chi è maschio, maggiore di età, domiciliato nel regno, e partecipe delli civili diritti,

Considerando che per l'art. 1001 devono esser osservate tutte le forme, alle quali sono sottoposti li diversi testamenti in forza delle precise disposizioni della legge, sotto pena di *nullità*,

Considerando che in fatto all'atto di soprascrizione del controverso mistico testamento manca il requisito della firma del testatore dopo l' atto medesimo , e trovasi sottoscritto come testimonio Gio: Battista di Lorenzo Calegaro, benchè non avesse l' età prescritta dall' art. 488 del codice per esser costituito in età maggiore , e che quindi il testamento medesimo è per doppia ragione reo della legge,

Considerando che non può dirsi sanato il primo difetto dalla firma del testatore esistente in sito superiore al detto atto di soprascrizione; perchè la legge prescrive che prima il notajo estenda l'atto, e poi sia sottoscritto dal testatore e dal notajo unitamente alli testimonj ; perchè non è lecito diversificare le modalità ed ubicazioni volute dalla legge ; perchè, avendo essa riputato necessario che il testatore si sottoscriva dopo , e non prima nell' atto , non può essere che arbitrario e colposo il can-

giamento ; perchè l'oggetto di tutte le sottoscrizioni comandate come sopra egli è di assicurare legalmente la verità dell' atto in tutte le cose ch' egli annunzia, e che il tutto sia fatto di seguito senza deviare ad altri atti,

Considerando che non può valutarsi attendibile l' esclusione dal presente giudizio dell' accusa sulla minor età del testimonio a pretesto, che l' atto di citazione 5 marzo passato si riferisca al solo art. 976; poichè, richiedendo l'articolo stesso l'intervento di sei testimonj almeno, è un conseguente necessario l' esame sulla loro capacità di testificare, mentre chi è inabile non è testimonio; e d' altronde la professata esclusione si oppone alla stessa procedura della parte rea, la quale volendo colli tre primi articoli delle sue conclusioni cercar di sanare il difetto della minor età del Calegaro, confessò in conseguenza il suo dovere di espurgarsi anche da detta accusa,

Considerando esser poi assurdo il dire che pel testamento mistico non si richiegga nel testimonio l' età maggiore, perchè è universalmente per tutti li testamenti comandato un tal requisito dall' articolo 980; poichè, non essendo capace il minore delli diritti civili, a riserva di quelli cui con apposita legge è abilitato, non può in tal età costituito funger uno di questi diritti, ch' è appunto la testimonianza; oltrecchè lo stesso notajo reo convenuto colla prima delle sue conclusioni articolate confessò che gli era nota la necessità di un tal requisito, e perciò ha incaricato l' agente Canton, come asserisce di ritrovar tutti li testimonj di maggior età,

Considerando che, data anche l'ammissibilità e verità delli fatti introdotti in essi tre primi articoli, non sarebbesi perciò espurgato dalla detta accusa, perchè un dovere ch' è proprio del notajo non doveva rimettersi all'altrui arbitrio, perchè la buona fede, la credulità, l'error comune non possono dar al testimonio quelle qualità che effettivamente non possede, perchè resta sempre vero che servir si fece di testimonio un minore ricusato dalla legge, e perchè, ammettendosi tali pretesti, si aprirebbe la via ad una delusion continua della legge,

Considerando che gli altri tre articoli di dette conclusioni, lungi dal sanar gli imputati difetti, presentano anzi introduzioni estranee, incompetenti, e vane; estranee cioè, perchè versa la questione presente sul solo punto, se nel controverso testamento ritrovinsi eseguite le forme dalla legge ordinate, e però eccentrico affatto è l' esame se le attrici abbiano assentito ad una tal forma di testare, o alla qualità della fatta disposizione; incompetenti poi perchè, data la concludenza di essi fatti, una tal azione non compete al notajo, unicamente tenuto ed impegnato a difender la legalità della carta; vane finalmente, perchè non è precisato ad evidenza, se il controverso, od altro testamento sia stato letto, e dalle attrici assentito,

Considerando che dalle cose tutte premesse risultano certi e non sanabili li due mentovati difetti, e perciò deve tenersi come nullo, e di niun effetto il predetto mistico testamento,

Considerando non esser difetto di procedura

l'ommissione objettata di citar li legatarj nominati nel testamento, essendo ad essi aperto l'adito dell'opposizione al giudicato a' termini dell'art. 474, e seguenti del codice di procedura civile,

La camera civile, giudicando sul proposto incidente, ha pronunciato la nullità ed il niun effetto del testamento mistico o secreto del fu sig. Antonio Maria Barea Toscan in data 20 novemb. 1806, presentato ne' rogiti del notajo Girolamo Almerico de Castellis li 23 novembre 1807.

Alla difesa usata in prima istanza aggiunse l'appellante, che trattavasi di un testamento del padre *inter liberos;* che non eravi altra disposizione se non che il legato a favore di un suo fratello; che pel diritto romano questo testamento, anche imperfetto, aveva pieno valore, giacchè la di lui esecuzione diventava una specie di continuazione della patria podestà; che siccome nel nuovo codice non avvi alcuna contraria prescrizione, il diritto comune deve servire in questo caso d' intelligenza e supplemento.

Coll'appoggio dello stesso diritto comune pretese che, il controverso testamento essendo stato fatto in campagna, l'accennato difetto di un testimonio riconosciuto minorenne non potesse portare l' accusata invalidità.

Risposero le attrici appellate, che coll' attivazione del codice cessarono totalmente tutte le leggi, statuti, consuetudini, risguardanti le materie di cui si parla nel codice, come si esprime il decreto reale premesso alla sua pubblicazione.

Nella materia dei testamenti la nuova legisla-

zione fece anzi una totale mutazione. Riducendo ogni specie di testamenti, al solenne, al mistico, ed all' olografo, ogni altro modo di testare diventa formalmente vietato. Non si fa più ora distinzione tra il testamento del padre a favore dei figlj, da quello di qualunque altro estraneo. Si aggiunga poi che nel testamento *inter liberos* permesso dalla giurisprudenza romana in tanto i figlj rispettar doveano il paterno giudizio scritto in quello, in quantochè le disposizioni del medesimo riguardar non dovevano che loro stessi. Ora come mai vorrebbesi usurpar nel caso presente l' antico privilegio dei padri di famiglia, per sostenere un testamento che dispone a favore di altre persone, colle quali non esistono gli stessi rapporti di sangue?

La rimarcata abrogazione di tutte le leggi antecedenti al codice, serve di confutazione anche al secondo obbietto sul numero minore dei testimonj pei testamenti fatti in campagna. Unendo a questa l' esempio delle cose giudicate, dissero che la corte di appello di Bordeaux aveva annullato un testamento fatto in campagna con soli cinque testimonj. Dove la legge non ha fatto distinzione, il solo arbitrio può trovarne la necessità, ma non può ammetterla il giudice.

La Corte d'appello nel giorno 11 aprile 1809, sulle conformi conclusioni del sostituto al regio procuratore generale, proferì la seguente

Decisione testuale.

Considerando che l' atto di soprascrizione 25 novembre 1807 apposto alla disposizione testamen-

taria del fu Antonio Maria Barea Toscan, per darle carattere ed essenza di testamento mistico, manca della sottoscrizione del testatore voluta dall' articolo 976 del codice Napoleone;

Considerando che l'artic. 1001 del detto codice prescrive che le formalità alle quali sono soggetti i diversi testamenti in forza delle disposizioni del codice stesso devono essere osservate sotto pena di nullità, e perciò non può supplirsi alla formalità ommessa con altre formalità, benchè potessero comparire equipollenti; e d'altronde le parole scritte, e sottoscritte di proprio pugno dal detto Barea Toscan che quel plico conteneva il suo testamento ed ultima volontà fatto scrivere da persona sua confidente, e da lui sottoscritto facciata per facciata, non potrebbero mai considerarsi un'equipollente alla sottoscrizione del testatore fatta di seguito unitamente al notajo ed ai testimonj voluta dal detto artic. 976; e perchè la detta annotazione è sovrapposta all'atto di soprascrizione, e perchè manca di data, e perchè in essa non si fa menzione della presentazione della carta fatta dal testatore al notajo ed a sei testimonj almeno, della quale deve far fede l'atto di soprascrizione,

Considerando che la prescrizione dell'art. 980, che i testimonj richiesti ad essere presenti al testamento abbiano ad essere maggiori d'età è comune anche ai testamenti mistici, e perchè la legge non distingue, e perchè il testamento mistico si fa coll'atto della presentazione al notajo ed ai testimonj, come all'artic. 976, e perchè nell'artic. 44 del regolamento sul notariato 13 giugno 1806, attivato

il primo novembre 1807, è dichiarato espressamente che le solennità prescritte nel codice Napoleone dagli articoli 971, a 980 inclusivamente debbono osservarsi tanto nei testamenti per atto pubblico, quanto nei testamenti mistici, compresa la qualità dei testimonj; ed in fatto è convenuto in giudizio che uno dei testimonj sottoscritti, cioè il Calegaro, era d'età minore;

Considerando che i fatti articolati in prima istanza dall' appellante non hanno alcuna influenza per metter in dubbio la verità nè dell'ommessa sottoscrizione del testatore, nè della minorità del testimonio, e sono affatto estranei ed inconcludenti alla causa presente;

La Corte rigetta le due appellazioni 11 e 12 ottobre 1808, e, confermando la sentenza 18 giugno 1808 della Corte di giustizia del Tagliamento, decreta che la medesima riportar debba la sua esecuzione.

Sezione Prima.

INDICE

PER CAPI

di ciò che si contiene in questo
Primo Volume.

DISCORSO PRELIMINARE. N.° III.

DECISIONI.

I.	Testori	c.° Giovanelli	pag. 1
II.	Rossi	Collalto	9
III.	Contarini	Taglioni	19
IV.	Monico	Quadri	26
V.	Contarini	Taglioni	32
VI.	Redetti	Redetti	36
VII.	Bollani	Zambellini	54
VIII.	Piccoli	Fossati	70
IX.	Aimi Visconti	Contarini	78
X.	Fantuzzi	Regazzetti	85
XI.	Sangiantoffetti	Locatelli	90
XII.	Treves	Assicuratori	97
XIII.	Ghetta	Sacerdote	103
XIV.	Caliari	Carminati	108
XV.	Cranio	Genero	118
XVI.	Benvenuti (correzionale)		123

XVII.	Baldisserotto c.°	Monza	pag. 130
XVIII.	Michieli	Baldan	141
XIX	Marcolini		145
XX.	Savorgnan	Zignolo	148
XXI.	Trombetta	Simon	154
XXII.	Forzadura	Vigodarzere	161
XXIII.	Pesaro	da Mula	168
XXIV.	dalla Venezia	dalla Venezia	187
XXV.	Renier	Verona	198
XXVI.	Sguerzi (correzionale)		203
XXVII.	Rizzi	Martinengo	213
XXVIII.	Gafforin	Grapputo	225
XXIX.	Tonolo	Malta	237
XXX.	Cornet	Nonis	245
XXXI.	Vimena	Cavezzago	253
XXXII.	Barea Toscan	Castellis	262

Queste Decisioni abbracciano l'epoca dall' instituzione della Corte fino al giorno 11 aprile 1809.

INDICE

PER MATERIE

di ciò che si contiene in questo Primo Volume.

Alimenti (riduzione di) fra conjugi pag. 32
Alimenti (accrescimento di) al figlio 36
Ammissione di prova di fatti articolati per la separazion personale 187
Appellabilità di sentenza riguardo al valore 141
Appellazione di sentenza correzionale di riforma d'accusa 203
Appello (eccezioni in grado di) 118
Autorizzazion della moglie a star in giudizio contro il marito 85
Causa pupillare (difesa di) appoggiata al tutore surrogato 161
Citazione (nullità di) 148
Citazione al fallito sulle istanze de' creditori 237
Cognome di colui, cui si consegna la citazione, non indicato 148
Commissioni segrete in un testamento mistico 54
Competenza del tribunal di commercio sulla preferenza degli oppignoranti 9

Competenza di foro ne' contratti anteriori alla nuova procedura pag. 198
Competenza della sezion correzionale nel riformar l'atto d'accusa 203
Conduttore, sua insistenza sul fondo, finita la locazione 225
Conjugi separati di fatto 32
Consiglio di famiglia (competenza del) 108
Contratti anteriori all'attivazione della nuova procedura 198
Convenzione fra marito e moglie 85
Creditori (preferenza di) sul mobile oppignorato 9
Creditori, (loro istanze) per dichiarazione di fallimento 237
Debito del testimonio colla parte 103
Debito illiquido del sequestrato 97
Dichiarazion di fallimento 237
Dilazione al pagamento 1
Dilazione al pagamento 78
Dimostrazion falsa nel legato 253
Diritti acquistati per competenza di foro 198
Distribuzion di prezzo sopra sequestro 9
Divorzio pendente; cura de' figlj 26
Eccesso di potere nel consiglio di famiglia 108
Eccesso di potere nel presidente d'una prima istanza 145
Eccezioni in grado d'appello 118
Educazione de' figlj 19
Effetto retroattivo di legge sulla competenza del foro 198
Esecuzione di sentenza (dilazione ad) 78

Fallimento (dichiarazion e fissazion d' epoca di) pag. 237
Figlio adulterino (legato al) 253
Figlio (tutela del) passando la madre a seconde nozze 108
Figlio (accrescimento d' alimento al) 36
Figlj (educazione de') in età tenera 19
Figlj (cura de') in età tenera 26
Figlj (cura de') in età tenera 70
Ingiurie gravi per separazion personale 187
Insistenza sul fondo locato per miglioramenti liquidi 225
Inspezion giudiziale in procedura criminale 123
Legato al figlio adulterino 253
Locazione (risoluzion di) per difetto d' affitti 213
Locazione finita, insistenza sul fondo locato 225
Madre, cura de' figlj in tenera età 26
Madre, cura de' figlj in tenera età 70
Madre, educazione de' figlj in tenera età 19
Menzione di consegna del testamento mistico chiuso e sigillato, e
Menzione di sottoscrizione del testatore 130
Menzione di dettatura in un testamento per atto pubblico 154
Mezzi straordinarj d' impugnare un giudicato 90
Miglioramenti certi e liquidi 225
Mobile oppignorato (preferenza dei creditori sul) 9
Negativa d' un fatto in grado d' appello 118
Nullità di testamento mistico 54

Nullità di sentenza correzionale, mancando la giudizial inspezione pag. 123
Nullità di sentenza correzionale che riforma l' atto d' accusa 203
Nullità di testamento mistico 130
Nullità di citazione 148
Nullità di testamento per atto pubblico 154
Nullità di testamento mistico 245
Nullità di testamento mistico 262
Nullità di legato al figlio adulterino 253
Obbligazion bilaterale (risoluzione di) 1
Offerta reale (effetti dell') 213
Opposizion a vendita d' effetti oppignorati 141
Padre, cura de' figlj in tenera età 26
Padre, alimenti al figlio 36
Padre, cura de' figlj in tenera età 70
Padre, educazione de' figlj 19
Pagamento (dilazione a) 78
Pagamento d' affitti 213
Patrocinatore (costituzione di) 141
Prelazione fra Creditori sequestranti 9
Presidente rilevazione di testamento olografo 145
Prova de' fatti articolati per la separazion personale (ammissibilità di) 187
Remissione di causa correzionale ad altro tribunale 123
Rinunzia di donna maritata a futura successione 168
Risoluzione di transazione 1
Risoluzion di locazione 213
Ritrattazione di sentenza 90
Sentenza (dilazion ad esecuzione di) 78

Sentenza (ritrattazione di) pag. 90
Sentenza (appellabilità di) riguardo al valore 141
Sentenza correzionale di riforma d'accusa (appellabilità di) 203
Separazion di fatto fra conjugi 32
Separazion personale (effetti della) riguardo a' figlj 70
Separazion personale 187
Sequestratario - debito illiquido 97
Sospetto (testimonio dato a) 103
Successione (rinuncie a futura) 168
Testamento mistico (nullità di) 54
Testamento mistico (nullità di) 130
Testamento mistico (nullità di) 245
Testamento mistico (nullità di) 262
Testamento olografo (rilevazione di) 145
Testamento olografo (nullo come mistico) 245
Testamento per atto pubblico (nullità di) 154
Testimonj d' un testamento mistico 54
Testimonio dato a sospetto 103
Testimonio minore nel testamento mistico 262
Termine ad appellar la sentenza correzionale di riforma d'accusa 203
Transazione (risoluzion di) 1
Tutela del figlio, passando a seconde nozze la madre 108
Tutore surrogato 161
Vendita d'effetti oppignorati (opposizione a) 141

FINE DEL PRIMO VOLUME.

DECISIONI
D. CORTE
D' APPELL
IN VENEZ

I

XV.

ECCEZIONI in grado d'appello.

Alla negativa di un fatto non opposta dall'appellante nè in prima istanza, nè nell' atto d' appello, e solo introdotta senza prova nelle co... pello, n... cuno.

Codice di ...

Era segui... del dì 5 aprile 180... tonio Gennaro del se...

" Per ordine e ...
" no Cranio stabili...
" Gennaro di n°. ...
" vanta due e me...
" crociati intieri, ...
" l'uno. Levato il ...
" SS. feste di Pasq...

(Giacomo Fe...

(Antonio Ge... tano Cranio.

Ferretto con atto 31 maggio richiamò Cranio alla esecuzione, e questi nulla rispose.

Passò il tempo, nè il vino fu levato.

Chiamato quindi il contraente Gennaro in conciliazione non altro addusse senonchè in sua specialità nessun acquisto aveva egli fatto; che quello era per solo conto del Cranio Veneziano, da cui non teneva in iscritto commissione veruna. Ricusava però, quanto a lui, di eseguirlo.

...stizia in Vicen-
...a non documen-
...ssione avuta dal
...r l' acquisto del
...re il Cranio me-
...la sua specialità
...tare agl'interes-

...u dalla Corte di
...o 9 agosto 1808

...LE

...ata scrittura 5 a-
..., il reo convenu-
...l signor Gaetano
... scrittura acqui-
...e per il convenu-
...mezzo alla botte
...colla condizione
...pagato avanti le